

Trabajo Fin de Máster

Asilo en la Unión Europea: un análisis a través de la
legislación y la jurisprudencia comunitarias

Autor/es

Raquel Villalobos Sosa

Director

Natividad Fernández Sola

Facultad de Economía y Empresa
2015

Asilo en la Unión Europea: un análisis a través de la legislación y la jurisprudencia comunitarias



Índice

	Página
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.....	5
I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. FRONTERAS: EL ESPACIO SCHENGEN.....	8
2.1 Problemática migratoria en la actualidad.....	8
2.2 Conceptualización. Qué es el Espacio Schengen.....	11
2.3 Países participantes en el espacio Schengen.....	13
2.4 El Sistema de Información de Visados -VIS-.....	14
III. ASILO.....	15
3.1 Marco normativo.....	15
3.1.1 Derecho internacional.....	15
3.1.2 Derecho comunitario.....	16
3.1.3 Derecho español.....	17
3.2 Modalidades de Asilo en el Derecho español.....	20
IV. EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO -SECA-	23
4.1 Introducción.....	23
4.2 Responsabilidad del Estado miembro en el procedimiento de asilo: el Reglamento de Dublín.....	24
4.2.1 Objeto del Reglamento.....	24
4.2.2 Determinación del Estado miembro responsable del procedimiento.....	29
4.2.3 Otras consideraciones.....	34
4.3 Directivas comunitarias en materia de asilo.....	35
4.3.1 Procedimientos de asilo.....	36

4.3.2 Condiciones de acogida.....	38
4.3.3 Obtención del Estatuto de refugiado: requisitos.....	40
4.4 Valoración de la normativa y futuras perspectivas.....	44
 V. EL ASILO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	47
5.1 Sentencia de 26 de febrero de 2015. Caso <i>Shepherd</i>	48
5.2 Sentencia de 2 de diciembre de 2014. Asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13.....	54
5.3 Sentencia de 5 de septiembre de 2012. Asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11.....	58
 VI. CONCLUSIONES.....	63
 VII. BIBLIOGRAFÍA.....	65
 ANEXO.....	70

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ACNUR	Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados
art.	Artículo
BENELUX	Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales
Eurodac	Dactilosocopia europea; base de datos de huellas dactilares
Europol	Oficina Europea de Policía
Eurojust	Agencia de la UE para el refuerzo de la cooperación judicial
etc.	Etcétera
Fig.	Figura
FRONTEX	Fronteras Exteriores de la Unión Europea
LO	Ley Orgánica
nº	Número
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p.	Página

Asilo en la Unión Europea: un análisis a través de la legislación y la jurisprudencia comunitarias

S.	Sentencia
SIS	Sistema de Información Schengen
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Vid.	Véase
VIS	Sistema de Información de Visados

I. INTRODUCCIÓN

El tema desarrollado en el presente trabajo es el asilo en la Unión Europea. Anualmente son remitidas cientos de solicitudes de asilo a países comunitarios, pero no todas son aceptadas. La cuestión es compleja ya que deriva de problemas muy diversos: personas que son perseguidas en sus países de origen, que son víctimas de la trata de seres humanos o han estado sometidos a torturas, etc. El asilo tiene por tanto trasfondos jurídicos, políticos, humanitarios e incluso sociológicos. Aunque este Proyecto se va a tratar desde la óptica del primero de ellos, no podemos obviar la referencia a todos los demás.

La elección de este tema ha respondido a dos motivaciones: por un lado, interés personal en el mismo; y por el otro, trascendencia de la cuestión migratoria en el momento actual, de forma que este trabajo se plantea como instrumento que pueda servir de apoyo a la comprensión de una materia tan relevante.

La metodología seguida ha sido la propia del ámbito de investigación. En primer lugar se ha hecho una búsqueda de información, que incluía tanto legislación comunitaria como referencias bibliográficas, así como publicaciones de las instituciones europeas, fundamentalmente. En segundo lugar se ha procedido a un análisis de dicha información. La tercera fase se ha centrado en la síntesis de la citada información, resaltando los puntos clave de la materia, dada su extensión. Finalmente se ha procedido a una reflexión y exposición de conclusiones propias, explicando los aciertos o carencias legislativas en el tema tratado.

Por lo demás, los primeros Capítulos están dedicados al análisis de la situación actual y legislativa en esta materia por parte de la Unión Europea. Un penúltimo Capítulo abordará el tema desde la jurisprudencia comunitaria, para abarcar así todo el ámbito legal posible. Finalmente el último Capítulo está dedicado a reflexiones y conclusiones finales obtenidas tras todo el proceso.

II. FRONTERAS: EL ESPACIO SCHENGEN

2.1 PROBLEMÁTICA MIGRATORIA EN LA ACTUALIDAD

El tema objeto de desarrollo en este estudio, el asilo, no puede comprenderse sin atender a una problemática intrínsecamente ligada al mismo: la migración de ciudadanos hacia países distintos a su Estado de origen. Como indica MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, si bien inmigración y asilo son cuestiones bien diferentes, su destino queda, al menos en el marco europeo, faltamente ligado.¹ Este hecho ha venido produciéndose a lo largo de toda la Historia, pero por motivos que voy a exponer a continuación veremos que ha cobrado una intensidad especialmente relevante en los últimos años. Como indican CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, estaríamos asistiendo a una expansión de las situaciones privadas internacionales, que se debería a diversos factores: la globalización económica, el progreso tecnológico, la apertura de una quinta fase migratoria, el turismo y la movilidad de las personas jubiladas, etc.² En otras palabras: la población mundial se desplaza, debido a motivaciones diversas.

Con respecto a la mejora tecnológica nos interesa especialmente la relativa a los medios de transporte. Efectivamente, hoy en día es posible trasladarse entre lugares alejados en un tiempo razonable, y en algunos casos también por un precio reducido, por ejemplo gracias a las aerolíneas de bajo coste. Este hecho permite que puedan realizarse tales desplazamientos a nivel internacional, que en épocas pasadas no siempre eran posibles. Sin embargo, la cara negativa de la moneda es que en numerosos casos estas migraciones también son debidas o tienen su origen principal en una situación interna en el país de origen: así ocurre en áreas de conflictos armados, o en países con escasos recursos económicos. Las áreas más

¹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La inmigración en la Unión Europea”, en *Inmigración y ciudadanía: perspectivas sociojurídicas* (Jornadas sobre Inmigración y Ciudadanía Europea), 2003, p.79.

² CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2013., p. 35.

desfavorecidas del planeta buscan refugio en las más avanzadas, tal es el caso de Europa. También es cierto que estas migraciones son consecuencia de otros motivos, como los fenómenos naturales, cambio climático, la falta de recursos naturales o epidemias. Pero como indica TRUJILLO HERRERA, podríamos establecer una línea en esta situación, que vendría a situarse con la primera crisis del petróleo en 1973. Este momento supondría un punto de inflexión: de una Europa abierta a la mano de obra proveniente de terceros países se habría pasado a una situación de crisis económica. En definitiva, el viejo continente parece haber alcanzado un tope que ya difícilmente puede sobrepasar, alcanzando una situación de *full boat*, es decir, ya no queda sitio.³

Como pone de relieve la tabla que se muestra a continuación, facilitada por la Agencia de la ONU para los refugiados -ACNUR-, Europa es la región del mundo que más solicitudes de asilo recibe. Además, la diferencia de solicitudes recibidas en 2014 frente a las recibidas el año anterior muestra un incremento porcentual del 47%.

Fig. 1. Solicitudes de asilo presentadas en regiones seleccionadas⁴

Regions	2012	2013	2014	Change '14-'13
Europe	369,300	485,000	714,300	47%
- EU (28)	301,000	396,800	570,800	44%
USA/Canada	98,900	94,800	134,600	42%
Australia/New Zealand	16,100	12,000	9,200	-23%
Japan/Rep. of Korea	3,700	4,800	7,900	65%
Total	488,000	596,600	866,000	45%

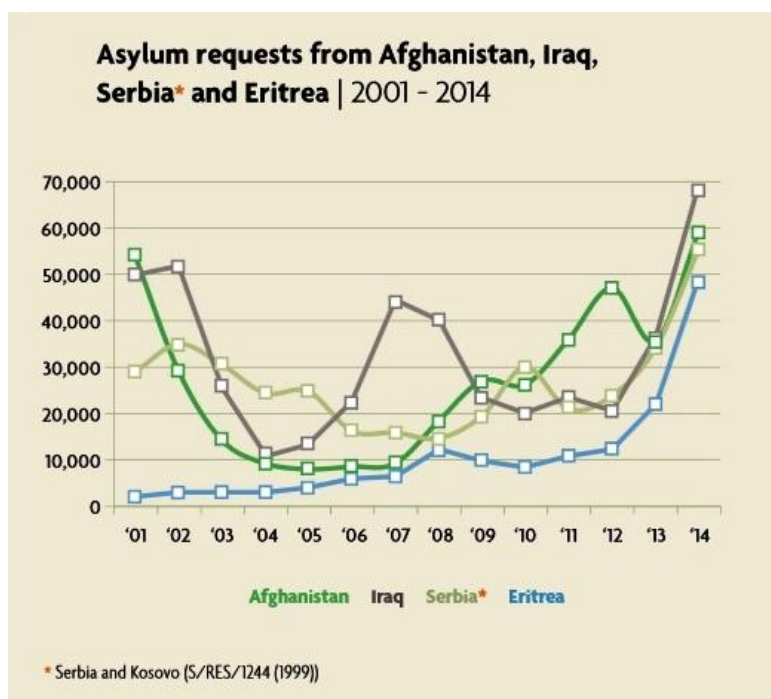
Estos datos no hacen sino poner de relieve dos hechos: 1- La preferencia migratoria por Europa, como he venido señalando; y 2- El previsible aumento de las solicitudes de asilo en un futuro, que lejos de descender seguramente seguirán aumentando.

³ TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el Derecho de asilo*, Dykinson, Madrid, 2013, p.34.

⁴ Fuente: *UNHCR Asylum Trends 2014*, accesible a través de <http://www.unhcr.org/551128679.html>

Además, siguiendo nuevamente las estadísticas proporcionadas por la ONU, específicamente se ha producido un incremento de solicitudes en países relacionados con conflictos armados o con regímenes represivos⁵. Como podemos observar en la fig. 2 en Afganistán, Iraq, Serbia y Eritrea se ha producido un aumento –más o menos significativo según el caso, pero un aumento de todas formas- de las solicitudes de asilo presentadas por dichos países. Es lógico que las poblaciones de países en situaciones inestables tiendan a buscar prosperidad en áreas mejores. De lo expuesto puede concluirse pues que el problema migratorio está lejos de resolverse; en lo que concierne al asilo parece que Europa seguirá recibiendo cada año un número mayor de solicitudes, si bien el continente parece haber alcanzado ya su tope.

Fig. 2 Solicitudes de asilo procedentes de Afganistán, Iraq, Serbia y Eritrea



⁵ En el caso concreto de Eritrea, quizá el menos conocido de los países citados, la situación actual incluye tanto un régimen totalitario como presencia militarizada, razón por la cual se reciben numerosas solicitudes de asilo de ciudadanos eritreos. Vid. Al respecto el artículo publicado por *The Guardian*: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/apr/24/mediterranean-migrant-crisis-eritrea-western-allies>

Fuente: UNHCR Asylum Trends 2014

En cuanto a España, los datos del primer trimestre de 2015 indican que las solicitudes provienen mayoritariamente de Siria -55% del total-, Ucrania -9%-, Algeria -6%-, China y Marruecos -3% cada una-; el resto de solicitudes -24%- provienen de otros países, como podrá verse en el Anexo I ⁶.

Debido a que Europa posee una simplificación interna de fronteras – el denominado espacio Schengen- analizaré primero en qué consiste este sistema y cómo se gestionan las fronteras europeas, antes de entrar de lleno en la regulación sobre asilo. Al citado espacio Schengen dedicaré los siguientes apartados de este Capítulo.

2.2 CONCEPTUALIZACIÓN: QUÉ ES EL ESPACIO SCHENGEN

Schengen es la denominación utilizada para designar un Acuerdo que tuvo lugar entre cinco países iniciales: Francia, Alemania, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo -conocido popularmente como el BENELUX-. El nombre hace referencia a la localidad de Schengen, situada sobre el río Mosela, lugar donde se unen los territorios de todos los países citados. El objetivo de este Acuerdo era simplificar los trámites de movilidad entre los ciudadanos de dichos países. Así, el mecanismo para trasladarse de un país a otro sería menos complejo, ahorrando tiempo y simplificando los trámites administrativos. Aunque el Acuerdo fue firmado el 14 de junio de 1985, hicieron falta cinco años más para completarlo con el Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, que determinaría como se iba a realizar en la práctica la supresión de los controles en las fronteras interiores. La supresión real de los controles en frontera no se inició hasta marzo de 1995, por lo que podemos concluir que Schengen fue un proceso gradual, cuyo inicio no fue inmediato.

⁶ Datos extraídos de Eurostat, pertenecientes al primer trimestre de 2015. Puede consultarse en http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report

El espacio Schengen se asienta en la cooperación policial aduanera, para lo cual se distingue entre dos tipos de fronteras: interiores, es decir, el territorio en el interior de dicho espacio; y exteriores, la frontera exterior del espacio, que es tanto de tipo terrestre como marítimo.

En lo relativo a las fronteras interiores, he señalado que esto se traduce en una supresión de controles. Ahora bien, eso no impide a los países establecer una serie de requisitos o condiciones mínimas a sus ciudadanos. Así ocurre, por ejemplo, en el deber de registro de los ciudadanos del espacio Schengen que van a residir en otro país de dicho espacio. De esta forma se equilibran la simplicidad de trámites y el control de la seguridad. Además, todo ello debe completarse con el Sistema de Información Schengen -SIS-. Este Sistema es una de las medidas tomadas para compensar la supresión de controles en las fronteras interiores. Las autoridades competentes pueden acceder a él tanto en las fronteras como en el territorio nacional, y en los consulados dispondrán también de acceso Eurojust y Europol.⁷ No obstante, para proteger la privacidad de los usuarios, debemos saber que al SIS se le aplican estrictas reglas de protección de datos.

En cuanto a las fronteras exteriores, existen unas reglas comunes que son recogidas en el Código de Fronteras Schengen. Ello se completa con la creación en 2005 de una Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de la Unión Europea -FRONTEX-, cuyo objetivo es reforzar la seguridad en esta frontera exterior. Debemos tener en cuenta, no obstante, que algunos terceros países vecinos han firmado acuerdos denominados “de tráfico fronterizo menor”. Esto permitirá que un Estado no miembro de Schengen pueda seguir llevando a cabo una actividad comercial, cultural, etc. sin demasiadas complicaciones, siempre que como se ha dicho, sea de carácter menor⁸.

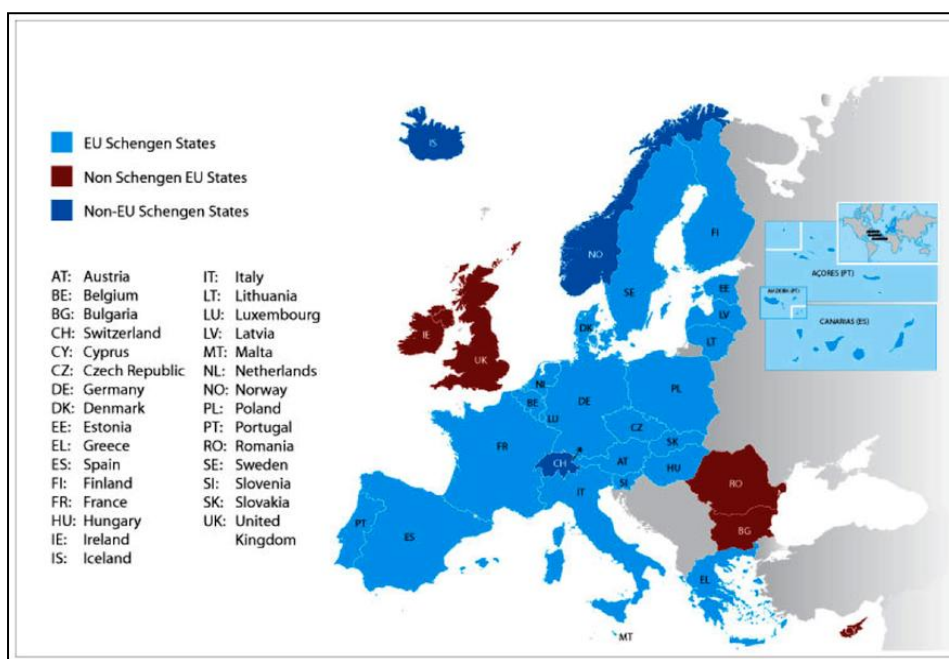
⁷ Eurojust es el órgano de la UE que tiene como objetivo el refuerzo de la cooperación judicial entre los Estados Miembros; por su parte, Europol constituye la Oficina Europea de Policía, la cual combate el crimen y controla la delincuencia en el ámbito de la UE.

⁸ Fuente: *Schengen: la puerta de acceso a la libre circulación en Europa*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2015, p. 6

2.3 PAÍSES PARTICIPANTES EN EL ESPACIO SCHENGEN

Actualmente conforman el Espacio Schengen un total de veintiséis países, si bien cuatro de ellos no pertenecen a la Unión Europea: son los casos de Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein. Por el contrario, dos países miembros de la UE todavía no forman parte de Schengen, pero están en proceso de adherirse: Bulgaria y Rumanía. Cuando ambos hayan completado su adhesión, el espacio Schengen contará con veintiocho Estados miembros. Los casos de países comunitarios que no pertenecen al espacio Schengen ni están en proceso de adhesión son Chipre, Croacia, Irlanda y Reino Unido, si bien es cierto que sí aplican algunas de sus normas. Tal distribución podemos clarificarla en el mapa que se expone a continuación. En azul, encontramos los países pertenecientes a Schengen; en rojo, los que todavía no lo son. Se indican asimismo los territorios ultra periféricos de la Unión europea, formados por las islas Canarias -España-, las Azores y Madeira -Portugal-, los cuales también forman parte del territorio Schengen.

Fig. 3 Espacio Schengen en la actualidad



Fuente: <http://travelier.mx/wp-content/uploads/2015/02/areas.png>

2.4 EL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE VISADOS -VIS-

Un visado es un documento personal, distinto al pasaporte, cuya obtención puede ser necesaria en determinados casos como paso previo para visitar o residir legalmente en un país. En octubre de 2011 entró en funcionamiento el Sistema de Información de Visados, que permite facilitar la tramitación de las solicitudes de visado en los consulados Schengen en todo el mundo. De esta forma, todos los consulados de los países Schengen del mundo aplican unas mismas reglas para la expedición de un visado. Esto se traduce en una unificación de normas y simplificación de trámites, aumentando la eficiencia de los controles fronterizos. Este proceso se hará, en todo caso, siguiendo las indicaciones del Reglamento nº 509/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

Para corroborar hasta qué punto puede ser necesario mantener un sistema de Visados como el que se acaba de exponer, me parece oportuno señalar algunas cifras. La Unión Europea cuenta en la actualidad con una población total de aproximadamente 500 millones de habitantes.⁹ La población mundial total se cifra en aproximadamente 7000 millones de personas, pudiendo alcanzar los 8000 millones

⁹ Estas estadísticas, así como información relativa al espacio Schengen pueden consultarse en *Schengen: La puerta de acceso a la libre circulación en Europa*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, accesible a través de <http://bookshop.europa.eu/es/schengen-pbQC3012122/>

en la próxima década.¹⁰ Además, a lo largo de 2012 fueron expedidos nada más que 16 millones de visados Schengen. Teniendo en cuenta estos dos datos, parece claro que articulando un mecanismo adecuado de migraciones podemos facilitar la vida de la población, así como simplificar trámites, lo que se traduce en un ahorro de tiempo y dinero.

III. ASILO

3.1 MARCO NORMATIVO

3.1.1 Derecho internacional

A nivel internacional son dos los textos jurídicos de referencia en materia de asilo, tal como expone SOLANES CORELLA: La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en Ginebra en 1951, y su Protocolo, hecho en Nueva York, el cual data de 1967. Esta convención de 1951 se aprobó, como explica MUÑOZ AUNIÓN, con el propósito de sustituir los Convenios *ad hoc* existentes en ese momento por un instrumento más general.¹¹ Es decir: hasta la fecha, solo existían textos aislados para solucionar situaciones concretas, pero no existía una regulación general. Tras la Segunda Guerra Mundial la situación cambió, aprobándose el citado Estatuto de los Refugiados. El Estatuto de los Refugiados –así como su Protocolo– es un texto relativamente breve, que sin embargo ofrece una regulación suficiente de los principales conceptos y términos relacionados con el asilo. Dado que estamos ante un texto que reviste carácter internacional, quedarán sometidos a él todos los

¹⁰ Fuente: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=26703#.VX28IUZCBIQ> –Consultado el 14 de junio de 2015–

¹¹ MUÑOZ AUNIÓN, A. “La regulación internacional del asilo internacional y la necesidad de reformas para garantizar la seguridad humana”, en *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar: REFEG*, nº 1, 2014, p. 10.

Estados que lo hubieran ratificado, tanto si son comunitarios como si no. Las controversias que pudieran surgir en la interpretación o aplicación del Protocolo serán resueltas por la Corte Internacional de Justicia, si no se hubiera alcanzado un acuerdo.¹²

3.1.2 Derecho comunitario

A nivel comunitario, el texto base de referencia es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concretamente en su artículo 18, el cual se expresa en los siguientes términos:

Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un texto que no forma parte del Tratado de Lisboa, aprobado en 2009. Sin embargo, debido a la remisión efectuada por el art. 6 del Tratado de la Unión Europea es vinculante para todos los Estados –a excepción de Polonia y Reino Unido-. Esto significa que el asilo es un derecho garantizado en la Unión Europea.

Pero no sólo la Carta es aplicable en esta materia, pues otros instrumentos son igualmente aplicables; así, el Acuerdo Europeo nº 31, relativo a la exención de visados para los refugiados, aprobado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 y el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, aprobado en Dublín con fecha de 15 de junio de 1990. Este Convenio fue

¹² Así lo expresa el art. IV del citado Protocolo.

sustituido en 2003 por el Reglamento de Dublín, conocido popularmente como “Dublín II”, y el cual desarrollaré en el Capítulo siguiente, junto con las Directivas que lo complementan. Finalmente, para cerrar este marco normativo a nivel comunitario deberemos tener en cuenta el Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de aplicación del Espacio Schengen.

En mi opinión personal, parece evidente que la Unión europea se ha preocupado por regular una materia que considera fundamental, tal como es el asilo. Como vemos, las normas existentes a nivel comunitario coexisten a distintos niveles –Reglamento, Directivas, la Carta...– con lo que, a priori, es poco probable que existan grandes lagunas normativas sobre el tema. Por otra parte, me parece más que acertada la inclusión de España en el Espacio Schengen, tanto por el volumen de población que se desplaza desde o hacia nuestro país, como por el hecho de que sus Estados vecinos también forman parte, logrando así la deseada simplificación de fronteras. Más adelante analizaré si la normativa expuesta se adecua o no a la realidad del día a día, pero por ahora el balance es positivo.

3.1.3 Derecho español

El texto jurídico fundamental existente el Derecho español en esta materia es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria. Dicho texto, compuesto de cinco Títulos y cuarenta y ocho artículos, ofrece una regulación clara y suficiente de la materia.

Son especialmente reseñables algunos artículos. Así, el art. 6 contiene una lista ejemplificativa de actos de persecución que dan lugar al asilo, como son actos de violencia física o psíquica, actos de naturaleza sexual, que afecten a niños o a adultos, etc. Me parece importante reseñar que destaca, en particular, la persecución por razones políticas, religiosas y étnicas.

Si el art. 6 enumera los casos de inclusión en materia de asilo, por el contrario los arts. 8 y 9 contienen respectivamente las causas de exclusión y denegación del derecho de asilo. Así, el art. 9 señala que se denegará el asilo a personas que

constituyan un peligro para la seguridad de España, y a aquellas que personas que en virtud de condena por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad.

Los arts. 16 a 33 incluyen una serie de normas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional. Por tanto, podemos concluir que la Ley se preocupa no sólo de los aspectos sustantivos del asilo, sino también de los aspectos procesales o de tramitación.

Debemos tener en cuenta asimismo lo dispuesto por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, conocida como Ley de Extranjería. Si bien los regímenes de Extranjería y Asilo no son exactamente iguales, tampoco podemos excluir la regulación de uno sin hacer referencia a otro. Como dice FERNÁNDEZ RODERA, Magistrado de la Audiencia Nacional, la interrelación entre ambos regímenes es “Susceptible de representación con unos círculos secantes (...) en los que el área común aflora en algunos supuestos”.¹³

Me gustaría realizar, seguidamente, una valoración de la normativa citada. He expuesto la plasmación en el derecho español de la materia, pero ¿qué balance puede hacerse de su aplicación? ¿Resulta efectiva dicha aplicación o queda en una simple exposición de buenos motivos? La citada Ley de Extranjería, siguiendo a GALIANA SAURA, era en gran parte la de la lograr la integración social de los inmigrantes. Para este fin se les reconocía una serie de derechos políticos y sociales, se establecía una situación de flexibilidad y de seguridad jurídica. En definitiva, era necesaria una nueva Ley que introdujera una serie de avances respecto a la anterior legislación –la antigua Ley Orgánica 7/1985-.¹⁴ Hasta este punto, por tanto, parece que está claro el beneficio que supuso esta actualización normativa respecto a la situación de los inmigrantes en España. El problema vino poco después, cuando la

¹³ FERNÁNDEZ RODERA, J.A., “Control de fronteras y modalidades especiales de asilo”, en *Novedades legislativas en materia de asilo y extranjería*, Ortega Martín -Dir.-, Cuadernos Digitales de formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011, p.1.

¹⁴ GALIANA SAURA, A., “Problemas Técnico-Formales y de factibilidad en la LO 4/2000 sobre derechos de los inmigrantes en España y su integración social” en *Inmigración y Derechos*, Fernández Sola y Calvo García (coord.), Mira Editores, Zaragoza, 2001, p. 271 y 272.

normativa volvió a sufrir otra modificación, esta vez a manos de la LO 8/2000. Esta modificación supuso, en la práctica, una auténtica derogación de la regulación anterior en algunos aspectos. En lo que respecta a la Ley de asilo española, siguiendo a PASTOR RIDRUEJO, interesa especialmente la plasmación del principio del *non refoulement*, es decir, de la no devolución del solicitante de asilo a su país de origen, en tanto no se haya resuelto su solicitud¹⁵. Este principio se encontraba plasmado en el art. 12 de la anterior Ley de asilo –Ley 5/1984– y vuelve a mencionarse en el art. 19.1 de la vigente Ley. También interesa, por ser una de las novedades de la Ley, la regulación explícita de la llamada protección subsidiaria. Este tipo de protección –que desarrollaré más adelante– presentaba un contenido difuso en la anterior normativa española por lo que, sin duda, encontramos aquí una mejora sustancial. Ahora bien, pese a las mejoras experimentadas en la citada normativa no podemos obviar que la regulación existente presenta todavía fallos que deben reconsiderarse seriamente. La presentación de asilo en territorio español sigue siendo, a día de hoy, más complicada que en otros Estados comunitarios, como Alemania y Suecia. Las dificultades administrativas junto con la evidente falta de medios materiales hacen que las presentaciones de asilo sean complejas para los solicitantes¹⁶. Para paliar este problema considero que sería necesario atajar el problema desde dos focos distintos: jurídico y social. El primero de ellos consistiría en una normativa más acorde con la situación actual, que reflejase claramente la realidad de los últimos tiempos. No olvidemos que desde la promulgación de la Ley en 2009 han transcurrido seis años; un periodo de tiempo de grandes cambios en esta materia. En cuanto al segundo problema, este vendría dado por la propia situación económica de España. Será necesaria una mejora de la economía española, profundamente deteriorada en los últimos años, para subsanar la falta de medios materiales que he comentado antes.

¹⁵ PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 14ª Edición, Tecnos, Madrid, 2010, p.244.

¹⁶ Fuente: Diario El Mundo. Vid.

<http://www.elmundo.es/internacional/2015/09/08/55ed57a522601ddb6a8b4575.html> y

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/06/19/espana/1371639434.html> -Consultados el 16 de septiembre de 2015.-

En la práctica, el número de concesiones de asilo que realiza el Estado español son muy pocas: como indica el Observatorio Europeo del Derecho de Asilo, en torno al 95% de estas solicitudes son rechazadas¹⁷. Con todo ello puedo concluir que la aplicación práctica de esta materia está lejos de haberse logrado con plenitud, siendo necesario crear mecanismos que protejan realmente a los inmigrantes y solicitantes de asilo que se encuentren en territorio español.

3.2 MODALIDADES DE ASILO EN DERECHO ESPAÑOL

Si bien este Trabajo trata sobre el asilo de tipo territorial –es decir, el asilo concedido en el territorio físico de un Estado-, existen también otras modalidades de asilo que podemos denominar especiales. Voy a realizar una breve referencia a cada una de ellas, si bien, matizaré después el posible uso que estas modalidades atípicas puedan tener en la práctica puesto que, como veremos, no están exentas de dificultades.

Siguiendo a FERNÁNDEZ RODERA, tres son los tipos especiales de asilo que podemos encontrar: el asilo diplomático, el asilo naval y el asilo aéreo.

En primer lugar, el **asilo diplomático** es aquel prestado en sedes diplomáticas, es decir, en Embajadas y Consulados. El instrumento jurídico internacional aplicable al respecto, la Convención sobre Asilo Diplomático o Convención de Caracas de 28 de febrero de 1954, aunque sólo aplicable a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. En España encontramos la referencia en el art. 38 de la Ley de Asilo, el cual lleva por título “Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados”. Una cuestión problemática es a qué personas concretas podía aplicarse esta modalidad de asilo: es aplicable a extranjeros que buscan protección, pero ¿podría extenderse esta protección a nacionales de un Estado? En principio, el asilo diplomático se concibe para los

¹⁷ Fuente: Observatorio Europeo del Derecho de Asilo –OEDA-. <http://www.oeda.es/index.php/ley-de-asilo-122009.html> -Consultado el 8 de septiembre de 2015-

extranjeros del país donde está la representación diplomática. Sin embargo, también sería posible su aplicación a los nacionales de un país. Ello podría hacerse recurriendo a los Convenios de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, y sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, que permiten tal situación.

En lo que respecta a España, como digo, me gustaría matizar que, si bien es posible solicitar asilo en una sede diplomática, este asilo estaría condicionado a permanecer en dicha sede. Si el sujeto solicitante de asilo accediese al exterior de la sede ya no sería posible garantizar su inmunidad. Esta situación ya ha sucedido en otros Estados. Así, por ejemplo, encontramos el caso Julian Assange, creador de la web *Wikileaks*. Assange solicitó asilo en la embajada ecuatoriana en Londres. Dado que si accede al exterior de dicha sede sería detenido, Assange ha permanecido dentro de la misma desde junio de 2012¹⁸. La única solución pasaría por obtener un salvoconducto para acceder al país deseado, cosa que, por el momento, el gobierno británico se niega a conceder en el citado caso.

En cuanto al **asilo naval**, debemos tener en cuenta que no aparece regulado en la Ley de asilo. Hasta hace poco tiempo, solía acudirse al Código Civil, ya que este dispone en su art. 11.1 el siguiente postulado

Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan.

Sin embargo, esta teoría ya no puede alegarse en la actualidad. La Ley 14/2014, de 24 de julio, conocida como la Ley de Navegación Marítima, no dispone nada respecto al postulado que acabo de señalar. Es por ello que debemos considerar obsoleta la citada teoría.

¹⁸ Esta reclusión, por tanto, dura ya tres años. Si no obtiene un salvoconducto, Assange permanecerá indefinidamente en la sede diplomática. Fuente: <http://www.20minutos.es/noticia/2493292/0/julian-assange/tres-anos/embajada-ecuador-londres/>

Por todo ello, como indica nuevamente FÉRNANDEZ RODERA, una posible solución sería atender a lo dispuesto por diversas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas¹⁹. Con estos textos podemos concluir que el asilo naval supondría el refugio temporal a bordo, lo cual incluiría la no devolución y no extradición de quien lo solicita, así como la posterior tramitación del correspondiente expediente.

Por último, el **asilo aéreo** es sin duda el tipo de asilo menos frecuente. En la práctica, supondría solicitar asilo a bordo de un vuelo, lo cual por razones obvias es un caso poco frecuente y de regulación compleja. Como ya he señalado, el art. 11.1 del Código civil incluye las aeronaves militares como parte de un Estado. Lo mismo establecía la Ley 48/1960, de Navegación Aérea. En su art. 6 expresaba que

*“La aeronave de Estado española se considerará territorio español cualquiera que sea el lugar en que se encuentre”.*²⁰

La regulación de este tipo de asilo sería prácticamente idéntica que la expuesta para el naval. En este caso la cuestión principal vendría sobre todo por las dificultades prácticas de solicitar asilo en esta situación concreta: no parece probable que se utilice un medio de transporte específico para solicitar asilo, cuando puede realizarse también en tierra firme. Por todo ello la utilización de esta forma de asilo sería, cuanto menos, de carácter residual.

El problema que encontramos con estas modalidades especiales de asilo, como he mencionado brevemente, es que la normativa actual ya no contempla la teoría de la extraterritorialidad. Ni la Ley de Navegación Marítima ni la de Navegación Aérea citan dicha teoría, por lo que podemos considerarla obsoleta. Por tanto, si la inmunidad a bordo de naves y aeronaves es de tipo funcional, su utilización

¹⁹ Como bien indica FERNÁNDEZ RODERA, estas Reales Ordenanzas fueron aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

²⁰ Este artículo fue modificado por el art. 51.1 de la Ley 18/2014, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia. Dicho artículo está vigente de octubre de 2014.

carecería ya de sentido para fines de solicitudes de asilo. Así, estas modalidades quedarían, en mi opinión, como un vestigio normativo; más no tendrían utilidad práctica en el sentido que aquí estamos examinando.

IV. EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO -SECA-

4.1 INTRODUCCIÓN

El Sistema Europeo Común de Asilo pretende unificar las condiciones en materia de asilo en la Unión Europea. Debemos partir de una premisa que, aunque obvia, debe tener respuesta: ¿Por qué es necesaria una política común de asilo? La Unión Europea posee, en la actualidad, una regulación unificada que abarca una gran extensión de ámbitos: educación, comercio, política monetaria...etc. Como indica ACNUR, La modificación de la legislación europea de asilo ha sido adoptada tras un proceso de negociación largo y complejo (...) lo cual representa un paso importante hacia el establecimiento de un sistema europeo común de asilo²¹

Teniendo en cuenta esta situación, y contando además con las cifras poblacionales y migratorias que he apuntado en Capítulos anteriores, parece lógico que también puedan establecerse unos mecanismos comunes para los procedimientos de asilo. Si cada Estado miembro regulase de manera distinta las condiciones en que otorga asilo, los solicitantes del mismo acudirían al punto donde les fuera más favorable. Teniendo presente este hecho la Unión Europea se ha esforzado en unificar el proceso de asilo, manteniendo unas condiciones comunes mínimas en todos los Estados. Entre las ventajas que ello supone para los solicitantes de asilo, está el hecho de que serán admitidos o rechazados con base en unas condiciones igualitarias, sin arbitrariedades. Además, deberían tener garantizado un trato

²¹ Fuente: Comunicado del ACNUR sobre el paquete legislativo de asilo en la Unión Europea. http://www.acnur.es/PDF/avanzando_hacia_sistema_europeo_comn_asilo_20130702130714.pdf
-Consultado el 16 de septiembre de 2015.-

equitativo y unas condiciones dignas. Todo ello no hace más que favorecer la seguridad jurídica y, lo que es más importante, respetar los derechos humanos de cualquier individuo. Todo este mecanismo se articula a través de un entramado normativo que parte de un Reglamento y tres Directivas comunitarias, los cuales analizaré a continuación. Como sabemos, tanto Reglamentos como Directivas son normas obligatorias; ello deriva en que todos los Estados miembros deben cumplir lo dispuesto en ellos, ya que su carácter es vinculante.

4.2 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MIEMBRO EN EL PROCEDIMIENTO DE ASILO: EL REGLAMENTO DE DUBLÍN

El convenio de Dublín es un acuerdo suscrito por los Estados miembros de la Unión europea. Inicialmente era de aplicación el Reglamento 343/2003, el cual ha sido sustituido por el actual Reglamento 604/2013. El anterior Reglamento era un texto con criterios poco claros, fragmentario y con resultados distintos en las resoluciones de asilo. Por ello se decidió refundirlo en un nuevo texto, el cual vio la luz en 2013. La revisión de esta materia, por tanto, es reciente. Como expondré a continuación, este Reglamento está destinado a la regulación de los criterios por los cuales se debe determinar qué Estado miembro concreto es el responsable de una solicitud de protección internacional.

4.2.1 Objeto del Reglamento

Tal como dispone el art. 1, el objeto del Reglamento 604/2013 no es otro que establecer

los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional

presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

Esta definición que en principio no parece revestir complejidad, necesita sin embargo un posterior desarrollo conceptual. A esa finalidad se encuentra destinado el art.2, que contiene una lista descriptiva de conceptos necesarios para interpretar el Reglamento. Así, el citado artículo enumera un total de catorce definiciones distintas: nacional de un tercer país; solicitud de protección internacional; solicitante; examen de una solicitud de protección internacional; retirada de la solicitud de protección internacional; beneficiario de protección internacional; miembros de la familia; parientes; menor; menor no acompañado; representante; documentos de residencia; visado y riesgo de fuga. Veamos a qué se refiere el Reglamento con cada uno de estos términos.

En primer lugar, por *nacional de un tercer país*, el Reglamento se refiere a un doble criterio: no ser ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea y no ser nacional de un Estado que participe en el Reglamento por virtud de un acuerdo con la Unión. Esta descripción debe completarse con lo dispuesto en los considerandos 41 y 42 del Reglamento: así, en el considerando 41, se expresa el deseo de Reino Unido e Irlanda de participar en el Reglamento; mientras que en el considerando 42 se indica la exclusión de Dinamarca, que no participará en el mismo. En resumen podemos concluir que será nacional de un tercer país cualquier ciudadano de la Unión Europea, teniendo en cuenta el matiz explicado respecto a Dinamarca, que no participa. No obstante considero que este es un aspecto de redacción confusa.

En segundo lugar, por *solicitud de protección internacional*, el Reglamento remite a la Directiva 2011/95.²² En virtud de la misma, consideraremos esta solicitud como

²² Directiva 2011/95/UE por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

Aquella petición de protección presentada a un Estado miembro por un nacional de un tercer país o un apátrida que pueda presumirse aspira a obtener el estatuto de refugiado o el estatuto de protección subsidiaria, y que no pida expresamente otra clase de protección que esté fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva y pueda solicitarse por separado.

Se trata por tanto de una solicitud presentada bien por un nacional de un tercer país – ya explicado en la definición anterior- o bien por una apátrida, es decir, por aquella persona que no tiene una nacionalidad asignada. La definición no revista mayores explicaciones, si bien debemos tener en cuenta la última frase, donde se indica que esta protección internacional no podrá pedirla quien además esté pidiendo otra clase de protección distinta.

Por *solicitante*, como su propio nombre indica, se incluye a aquel nacional de terceros países, o apátrida, que ha solicitado protección internacional y está a la espera de una respuesta.

Por *examen de una solicitud de protección internacional* debemos entender, tal como dispone el art. 1 d) del Reglamento, aquel examen de una solicitud de protección, o toda resolución o sentencia sobre una solicitud de protección internacional dictada por las autoridades competentes. En este punto el Reglamento remite a dos Directivas distintas: por un lado, a la ya citada Directiva 2011/95 y por el otro, a la Directiva 2013/32.²³

Por *retirada de la solicitud de protección internacional* se hace referencia a la situación en la que el solicitante de forma voluntaria desea poner fin al

²³ Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

procedimiento iniciado. El Reglamento indica que esta retirada puede revestir dos formas: expresa y tácita.²⁴

Por *beneficiario de protección internacional* entenderemos a aquella persona a quien efectivamente se le ha concedido la protección internacional, antes mencionada.

En lo referente a quiénes pueden ser considerados como *miembros de la familia* el Reglamento parte de un requisito: que la familia existiera ya en el país de origen. Este requisito es razonable, en aras a la seguridad jurídica. Una vez tenemos claro que ese núcleo familiar existía con anterioridad, el Reglamento enumera las personas incluidas y las condiciones que deben cumplirse. Así, por ejemplo, se incluye al cónyuge o pareja de hecho del solicitante, siempre eso sí que el Estado de recepción incluya una figura similar a la de parejas de hecho. También incluye el Reglamento a los hijos menores, siempre que no estén casados. Se debe tener en cuenta que el Reglamento no distingue entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, por lo que no puede alegarse ningún tipo de discriminación para no incluir a un hijo en virtud de este hecho. Finalmente, el Reglamento también incluye al padre y madre de un menor no casado, cuando este menor sea el solicitante o beneficiario de la protección. En resumen, la norma se decanta por un concepto de familia nuclear, que incluiría al cónyuge, hijos, y a los padres, cuando el interesado es un menor.

En lo que se refiere a *parientes*, el Reglamento viene a considerar a otras personas que si bien no estarían incluidas en la definición anterior, guardan una relación estrecha con el interesado. Se trata de los tíos adultos o los abuelos del solicitante que estén presentes en el territorio del Estado miembro.

²⁴ El Reglamento no especifica cuándo nos encontramos ante una u otra. Siguiendo los términos usuales en Derecho, será expresa aquella retirada de solicitud de la que se tenga constancia directa por parte del interesado, mientras que consideramos tácita aquella retirada de solicitud que pueda intuirse de los actos llevados a cabo por el mismo, y que presuman que ya no necesita o no desea pedir la protección internacional.

Al referirse al *menor*, el Reglamento deja claro que este debe tener menos de dieciocho años. Esto es útil para aquellos países que fijan una mayoría de edad distinta, como es el caso de Japón, que la fija a los veinte años, o de algunos países que la fijan a los veintiuno, como Argentina, Bolivia u Honduras. También existen Estados con una mayoría de edad por debajo de ese umbral: así ocurre por ejemplo en Turkmenistán y Uzbekistán, que la fijan a los dieciséis.²⁵

Por *menor no acompañado* entendemos a aquel que llega a un Estado miembro sin ningún adulto que sea responsable de él. Esta responsabilidad incluye, a tenor del Reglamento, no solo la responsabilidad legal sino también la *de facto*; en otras palabras, se trata de un menor que llega sin ninguna guarda de persona adulta.

Como *representante* se incluyen tanto una persona física como jurídica – instituciones, empresas, organismos-, en el caso de un menor no acompañado que necesite asistencia y representación. En este último caso, se asignará a una persona responsable de ejercer esas funciones. Lo que pretende el Reglamento por tanto es que exista una persona concreta que le asista, aunque sea a través de una organización.

Documento de residencia es toda aquella autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se autoriza a un nacional de un tercer país o a un apátrida a permanecer en su territorio. Se incluyen también los documentos que forman parte de un régimen de protección temporal.

En cuanto al visado, el Reglamento lo identifica claramente como

la autorización o la decisión de un Estado miembro exigida con vistas al tránsito o a la entrada para una estancia prevista en ese Estado miembro o en varios Estados miembros.

²⁵ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2013, p.44.

Distingue además en tres tipos de visados distintos: el de larga duración, el de corta duración y el de tránsito aeroportuario.

Finalmente, en lo relativo al *riesgo de fuga*, la norma se refiere a aquella situación en que un solicitante que vaya a ser trasladado puede fugarse. Este riesgo se mide en virtud de criterios objetivos definidos por Ley.

Del análisis de estos conceptos podemos determinar que el Reglamento se preocupa por mantener unas mínimas garantías para ambas partes, es decir, protege los intereses tanto de la Unión Europea como del propio solicitante de asilo. El marco conceptual es indispensable, pues si bien algunas definiciones podrían deducirse del propio contexto, otras necesitan un análisis que las clarifique.

4.2.2 Determinación del Estado miembro responsable del procedimiento.

Una vez clarificados los conceptos que van a utilizarse el Reglamento continua con diversos artículos, los cuales contienen principios generales y garantías mínimas relativas a la solicitud de protección. Así, el art. 4 establece el derecho a la información que posee cualquier solicitante, donde se le informará debidamente de diversos puntos. Todo ello se completará con una entrevista personal, como estipula el art. 5. Finalmente el art. 6 regula específicamente una serie de garantías para los menores, basándose en el interés superior del niño. A continuación el Reglamento se centra en su cometido principal, que es precisamente determinar qué Estado será el que deba hacerse cargo del procedimiento de asilo ante el que nos encontramos. Para esta tarea el Reglamento dedica un Capítulo completo –Capítulo III-, cuyo título lleva por nombre *Jerarquía de criterios*. De ello deducimos, pues, que no sólo encontramos unos criterios para determinar al Estado en cuestión, sino que además dichos criterios aparecerán ordenados jerárquicamente. Como indica el Reglamento –art. 7-

Los criterios de determinación del Estado miembro responsable se aplicarán en el orden que figuran en el presente capítulo.

Así pues, el Reglamento regula en los artículos que siguen a continuación una serie de categorías de situaciones, ordenadas como digo jerárquicamente, de forma que se entiende que las primeras de ellas tienen preferencia sobre el resto. Se entenderá mejor con las siguientes explicaciones.

En primer lugar, el Reglamento cita la categoría de “Menores”. Se ocupa así de regular qué Estado se hará cargo del procedimiento cuando el solicitante sea un menor –art.8-. Ello pone de relieve una vez más la preocupación de la norma por prestar especial atención a los menores, dadas sus circunstancias. Como expresa NUALA MOLE,

*Refugee and migrant children may be classed as being “among the world’s most vulnerable populations” and face “particular risk when...separated from their parents and carers”.*²⁶

Los criterios para determinar dicho Estado responsable del menor son consecutivos, es decir, que a falta de que no se cumpla lo dispuesto en primer lugar, pasaremos al siguiente, y así sucesivamente. Por ejemplo, se dispone en primer lugar que sea responsable el Estado miembro donde el menor tenga a un familiar residiendo legalmente. Pues bien, caso de no cumplirse este requisito habría que atender al siguiente. Observamos pues una concatenación lógica de supuestos, de forma que siempre exista un Estado miembro que se haga cargo de la situación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha tenido ocasión de recordar la situación particular de los menores en materia de asilo. Así, en Sentencia de 6 de junio de 2013 el TJUE se expresaba en los siguientes términos²⁷:

²⁶ MOLE.N, *Asylum and the European Convention on human Rights*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2007, p.101.

²⁷ STJUE de 6 de junio de 2013, asunto C-648/11

Teniendo en cuenta que los menores no acompañados constituyen una categoría de personas particularmente vulnerables, es conveniente no prolongar más de lo estrictamente necesario el procedimiento para determinar el Estado miembro responsable.

La Sentencia menciona en diversas ocasiones el interés superior del niño, mencionado en el Reglamento 343/20003 –antecedente del actual-.

Las siguientes categorías –arts. 9 y 10- vienen formadas por “Miembros de la familia beneficiarios de la protección internacional” y “miembros de la familia que son solicitantes de la protección internacional. Esto significa que después de los menores, las siguientes categorías vienen recogidas por orden de importancia respecto a estas personas.

A mi propio juicio considero que este régimen es quizá uno de los aspectos más confusos de la norma. Hubiera sido más sencillo enumerar una lista taxativa de situaciones en un mismo artículo, por ejemplo. La norma puede crear confusión entre los juristas, y ya no digamos entre los propios solicitantes de asilo.

Lo dispuesto por el Capítulo III se completa con el Capítulo siguiente, denominado “Personas dependientes y cláusulas discrecionales”.

Así, el art.16 regula el caso de las personas dependientes. Para ello sigue el mismo esquema que para los menores: enumera una serie de supuestos, de forma que si no se cumple el primero atenderemos al segundo, y así hasta llegar al último. Por personas dependientes el Reglamento no se refiere solamente a discapacitados como tal, sino que incluye también a personas con enfermedades graves, embarazadas, etc. Es por tanto un concepto amplio, utilizado con buen criterio, pues permite una mejor protección.

Si el solicitante no se encuentra en alguno de estos casos específicos –que será lo habitual-, atenderemos a lo dispuesto en el art. 12. Así, para determinar el Estado

competente se atenderá a si el interesado dispone de un documento de residencia o visado válidos, en cuyo caso será responsable el país que lo hubiera expedido.

Llegados a este punto nos planteamos qué ocurre cuando el solicitante no dispone de ningún documento válido²⁸, ya que ha accedido al territorio de europeo de manera irregular. Es el caso de los comúnmente llamados indocumentados. Como es lógico, el Reglamento también ha previsto esta posibilidad. Así, el art. 13 establece que será responsable el Estado por el que el solicitante haya entrado de manera irregular, y recuerda que esta entrada puede tener lugar por vía aérea, terrestre o marítima. Aquí debemos tener presente que estas personas deberán someterse a *Eurodac*, es decir, al procedimiento por el cual será tomadas sus huellas dactilares e incluidas en una base de datos²⁹. Este sistema se regula actualmente por el Reglamento 603/2013.

Finalmente, el Reglamento contempla una serie de cláusulas discrecionales –art.17- cuyo fin es que un Estado miembro pueda hacerse cargo de un procedimiento de asilo, aún cuando no esté obligado a ello en virtud de las normas de competencia. Ello puede tener lugar por motivos humanitarios, de forma que un país decida hacerse cargo de la solicitud sin estar obligado. Este sistema, ciertamente acertado para mi juicio, cumpliría dos funciones: sirve como cláusula de cierre y, además, tiene en cuenta la situación del solicitante, algo extremadamente importante en la materia que tratamos. Sirva como ejemplo el reciente caso de la camerunesa Christelle Nangnou. Nangnou se convirtió en solicitante de asilo español tras ser perseguida en su país de origen a causa de orientación sexual. En Camerún, la homosexualidad es ilegal y está penada severamente con cárcel. La solicitante huyó a España, donde inicialmente se le denegó el asilo; por ello, recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que paralizó la expulsión hasta que la Audiencia Nacional española resolviera sobre el caso. Mientras el TEDH tramitaba dicho caso,

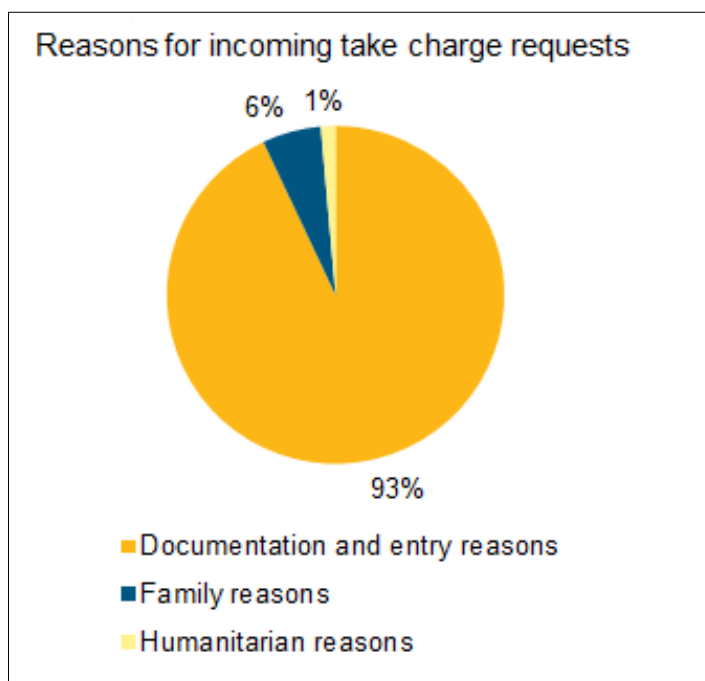
²⁸ Entendemos como documentos válidos el Pasaporte y los llamados Títulos de viaje.

²⁹ *Eurodac* es el nombre por el que se conoce a la dactiloscopia europea, es decir, el sistema establecido por la Unión Europea para aquellos solicitantes de asilo e irregulares que crucen las fronteras, de forma que sus datos serán incluidos en una base de datos.

España concedió a Nangnou un permiso de estancia por motivos humanitarios³⁰. De esta forma podemos concluir que las cláusulas discrecionales establecidas por el Reglamento cumplen una importante función, pudiendo incluso salvar vidas.

Para completar lo expuesto hasta ahora, en el siguiente gráfico podemos observar los motivos principales por los que son aceptadas las solicitudes en procedimientos de asilo.

*Fig. 4 Motivos de aceptación de solicitudes de asilo (2008-2012)*³¹



³⁰ El caso apareció publicado en diversos medios nacionales, como el Periódico *El País*. http://politica.elpais.com/politica/2015/04/15/actualidad/1429122744_255502.html -Consultado el 24 de junio de 2015-

³¹ Extraído de estadísticas oficiales de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/6/62/Reasons_for_incom._take_charge_-_take_back_requests%2C_2008-2012.png -Consultado el 24 de junio de 2015-

Como podemos observar el mayor porcentaje de solicitudes aceptadas a trámite (el 93 %) proviene de causas relativas a documentación y entrada –es decir, a *sensu contrario*, no se han denegado porque no había impedimentos en los documentos presentados-, mientras que en segundo lugar (6%) se encuentran las causas familiares. Los motivos humanitarios constituyen apenas un 1% del cómputo, pero a mi juicio es un porcentaje suficiente para justificar la posibilidad de este tipo de aceptación, pues como he explicado ello podría suponer evitar pérdidas humanas.

4.2.3 Otras consideraciones

El Reglamento completa lo explicado hasta ahora con varios Capítulos más, de los cuales merecen atención algunas cuestiones. El Capítulo VI regula los procedimientos de toma a cargo y readmisión, lo cual significa que un solicitante de asilo al que le ha sido denegada la solicitud puede plantear una revisión; una suerte de “segunda instancia” en los procedimientos de asilo. Este hecho supone un añadido de garantías en este tipo de procesos, al permitir que un solicitante presente un recurso –art.27-, con lo cual se pretende garantizar una tutela judicial efectiva³². Ahora bien, debemos tener presente que, de facto, el derecho a este recurso queda frustrado cuando se procede a la expulsión del demandante de asilo del territorio nacional, situación que si bien no debería producirse en la práctica si que se ha llevado a cabo.³³ El Capítulo VII establece la obligación de cooperación administrativa entre Estados, mientras que el Capítulo VIII regula el procedimiento de conciliación. Mediante este procedimiento se establece la posibilidad de que los

³² Esta tutela se recoge también en Derecho español, tal como dispone el art. 24.1 de la Constitución Española.

³³ Tal como indica ORIHUELA CALATAYUD, la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre asilo territorial prohíbe que se rechace en la frontera al solicitante de asilo (art. 3.1). Sin embargo, como he indicado, en la práctica estos comportamientos si que se han venido produciendo. De todo ello puedo concluir, a mi juicio, que pese a las buenas intenciones del Reglamento de Dublín todavía existe cierta diferencia entre la regulación normativa y la situación real.

Estados recurran a la conciliación, cuando exista un desacuerdo sobre la aplicación del Reglamento. Considero que es acertado incluir métodos alternativos de solución de conflictos, pues ello supone una salida más para la resolución de un procedimiento de asilo. De lo contrario es posible que el solicitante perdiera el asilo, lo cual sería especialmente lamentable en este tipo de situaciones; no olvidemos que muchos de estos solicitantes ven peligrar su integridad física si son devueltos a su Estado de origen. Por último, el Capítulo IX incluye disposiciones transitorias y finales, entre las que destacan el deber de seguridad y protección de los datos, y confidencialidad por parte de las autoridades involucradas en el procedimiento.

Como valoración crítica, me gustaría exponer que existe una notable diferencia entre el objetivo pretendido por la legislación y la situación fáctica actual. Si bien parece que la normativa se preocupa por la situación de los demandantes de asilo, no lo es menos que también está centrada en mantener los intereses de Europa. Esto es así porque la razón última de esta normativa radica en evitar que uno o varios Estados Miembros se conviertan en un punto masivo de solicitudes, como ha ocurrido recientemente³⁴. La situación actual no responde al patrón de solicitudes aisladas de asilo, sino a oleadas masivas de inmigrantes. Esta situación ha creado una gran incertidumbre que la normativa no siempre ha sabido resolver.

4.3 DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE ASILO

³⁴ Así ha sucedido en agosto de 2015. Cientos de inmigrantes accedieron al sur de Europa, buscando la prosperidad de los países más ricos (Alemania, Austria, Suecia). Así lo recoge el periódico nacional *20 minutos*: <http://www.20minutos.es/noticia/2543772/0/crisis-humanitaria-hungria/puerta-europa-abierta/refugiados-siria-afganistan/>

Además del Reglamento de Dublín, el derecho comunitario completa la regulación del asilo mediante tres Directivas³⁵, relativas a los procedimientos de asilo, condiciones de acogida y requisitos de asilo, respectivamente.

4.3.1 Directiva sobre procedimientos de asilo

La Unión Europea no dispone de un sistema regulado para identificar y esclarecer qué perfiles podrían considerarse como solicitantes potenciales de asilo. Nos encontramos, sin duda, ante una carencia importante. Para paliar los efectos de esta situación, ACNUR desarrolló una iniciativa denominada “Plan de los 10 Puntos”³⁶. Dicho Plan se compone, como dice SOLANES CORELLA, de puntos de acción en los que se proponen herramientas prácticas, sensibles a la protección y a las estrategias que se podían adoptar como parte de respuestas coherentes y eficaces para los movimientos mixtos.³⁷ ACNUR enumera una lista de perfiles, con carácter no excluyente. Es decir: se puede dar más situaciones de asilo que las que recoge el Plan, pero de modo orientativo se recoge una serie de supuestos que encajarían en la situación de personas que podrían requerir asilo. Así, entre otras, se incluyen las siguientes categorías:

- Personas que puedan ser víctimas de la trata de seres humanos o de tortura;
- Menores no acompañados o separados;
- Mujeres y niñas en riesgo;
- Personas con discapacidades físicas y mentales y personas adultas mayores;
- Etcétera.

³⁵ Las Directivas requerirán la debida transposición en cada uno de los Estados miembros, pues a diferencia del Reglamento estas normas no son de aplicación directa.

³⁶ El Plan puede consultarse desde la propia página web de ACNUR: http://www.acnur.es/PDF/7526_20120511131557.pdf -Consultado el 12 de junio de 2015-

³⁷ SOLANES CORELLA, A. “Avances y retrocesos del Derecho de Asilo en España” en *Políticas migratorias, Asilo y Derechos Humanos*, Solanes y La Spina -Eds.- Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 315.

Al margen de esta identificación de potenciales candidatos de asilo, lo que sí incluye la Unión Europea es una regulación sobre Procedimientos de asilo. Dicha regulación se constituye con la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, posteriormente refundida en la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Es aplicable desde el 21 de julio de 2015. La anterior Directiva era un texto impreciso que propiciaba la existencia de diferentes estándares en los Estados miembros. Gracias a esta nueva norma, como veremos después, se perfilan unas normas más claras y precisas que permitan una aplicación más uniforme por los Estados miembros.

La Directiva, ciertamente extensa, sigue una estructura similar a la del Reglamento de Dublín. Tal como indica el art. 1, el objeto de esta norma es establecer procedimientos comunes para conceder y retirar la protección internacional. A continuación, el art. 2 contiene una lista de definiciones. Debemos tener muy cuenta, a tenor del art. 3, que esta Directiva no es de aplicación a las solicitudes de asilo diplomático presentadas en Embajadas y Consulados³⁸. Los siguientes artículos regulan los principios y garantías básicos por los que se rige el procedimiento, entre los que destaco especialmente la necesidad de realizar una entrevista personal al solicitante, así como el derecho a recibir un reconocimiento médico en casos de daños graves. Llama la atención que ACNUR posee una especial relevancia en esta norma, pues se destina incluso un artículo –el 29- a desarrollar su papel dentro del procedimiento de asilo. Así, ACNUR tendrá derecho de acceso allí donde se encuentren los solicitantes de asilo; podrán acceder a información sobre el proceso, con el consentimiento del interesado, y, en fin, ACNUR también tiene derecho a manifestar su opinión en relación con el procedimiento.

Entre las ventajas que supone esta nueva Directiva, la más importante es la claridad y precisión con la que regula la materia. En segundo lugar, podríamos afirmar que la norma mejora el tratamiento procesal de las solicitudes de asilo. Así, por ejemplo, se establece un plazo máximo general de seis meses para la resolución del

³⁸ Esta Directiva queda excluida de la modalidad de asilo diplomático.

procedimiento; se establecen procedimientos especiales que permiten la aceleración del proceso en casos con pocas posibilidades de prosperar; se ha mejorado el sistema de recursos; etc.

4.3.2 Directiva sobre condiciones de acogida

La regulación del asilo también se ha llevado a cabo mediante una segunda Directiva, denominada de condiciones de acogida. Inicialmente esta norma era conocida como la Directiva 2003/9, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros; posteriormente sufrió una modificación, pasando a denominarse Directiva 2013/33, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Nos encontramos, por tanto, ante un texto refundido. Su aplicación ha tenido lugar desde el 15 de julio de 2015.

La finalidad de esta norma es regular las condiciones en que va a encontrarse un solicitante de asilo mientras se tramita su solicitud. Como puede mediar un lapso de tiempo más o menos largo, dicha persona tiene derecho a que se asegure su supervivencia e integridades física y psíquica. Por ello, la norma asegura que el interesado pueda recibir un alojamiento, así como alimentos, asistencia médica y empleo, entre otros. Debemos tener en cuenta que en el pasado estas condiciones de acogida podían variar de un Estado a otro, por lo que la situación personal del interesado podían variar simplemente por encontrarse en un país de acogida distinto. Este problema se ha intentado solucionar mediante la aprobación de la nueva Directiva, como ya he citado. La ventaja será un trato más justo y armonizado a todos los solicitantes de asilo, además de una mayor seguridad jurídica en lo que a esta materia se refiere.

La Directiva también sigue una estructura bastante similar a la del Reglamento de Dublín: contiene en sus primeros artículos el objeto y unas definiciones, con algunos conceptos idénticos; también hace hincapié en colectivos especiales de solicitantes, como los menores y las personas con necesidades especiales. Recoge un sistema de

Asilo en la Unión Europea: un análisis a través de la legislación y la jurisprudencia comunitarias

recursos para las medidas tomadas en virtud de la norma, como ocurría también en el Reglamento.

La adopción de esta Directiva puede suponer importantes mejoras con respecto a las condiciones de acogida del solicitante de asilo.

Así, por ejemplo, es la primera vez que se recogen disposiciones comunes sobre la detención de los solicitantes: motivos de detención, restricción de detenciones de personas vulnerables –como los menores-, etc. Esto supondrá un incremento de la seguridad jurídica, evitando la arbitrariedad y teniendo presente el respeto a la dignidad humana como máximo exponente.

Otra mejora sustancial es el plazo en que los solicitantes pueden acceder al empleo, que se fija en un máximo de nueve meses, tal como dispone el art. 15.1:

Los Estados miembros velarán por que los solicitantes tengan acceso al mercado laboral a más tardar a los nueve meses desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional, cuando las autoridades competentes no hayan adoptado una resolución en primera instancia y la demora no pueda atribuirse al solicitante.

Esto supone que independientemente de lo que dure su procedimiento, el solicitante debe poder trabajar en menos de nueve meses. Encontramos aquí una mejora respecto al régimen existente anteriormente en el derecho español. Efectivamente, la anterior ley de asilo española–Ley 5/1984, de 26 de marzo modificada posteriormente por la Ley 9/19994, de 19 de mayo–no recogía el derecho de los solicitantes de asilo a desarrollar actividades laborales, en tanto no se concediese dicha solicitud de asilo. Así lo disponía el art. 13 de dicha Ley, al exponer que

La concesión de asilo implica la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles; la expedición del documento de identidad necesario y, en su caso, de viaje, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

En resumen, hasta que la solicitud de asilo no era aceptada, no existía un plazo específico para que el solicitante pudiese trabajar de forma legal. Esta situación cambió, como acabo de explicar, con la publicación de la Directiva. El derecho español tuvo que realizar la debida transposición, es decir, realizar las debidas adaptaciones para cumplir los objetivos comunitarios,

Finalmente, también podemos considerar una mejora la clarificación de la evaluación que se lleva a cabo en la acogida de personas vulnerables. Como ha quedado de relieve en lo expuesto hasta ahora, la normativa comunitaria presta una atención particular a los menores de edad. Gracias a la Directiva, estas personas en situación vulnerable recibirán la asistencia médica y psicológica que precisen, entre otras consideraciones. Incluso aunque al solicitante no le sea concedido finalmente el asilo, queda igualmente protegido por la Directiva, pues se intenta garantizar unas condiciones mínimas de bienestar mientras dura el proceso.

4.3.3 Directiva sobre requisitos de asilo

La Directiva sobre requisitos de asilo recoge los motivos por los que es posible acceder a la concesión de protección internacional. Al igual que las Directivas anteriores, éste también es un texto refundido. La primera norma en ser publicada fue la Directiva 2004/83, posteriormente modificada por la vigente Directiva 2011/95, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con

derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. El nuevo texto refundido es aplicable desde el 21 de diciembre de 2013. Al igual que ocurre con las anteriores normas, la principal finalidad de esta Directiva ha consistido en crear un régimen más uniforme entre los Estados miembros. La normativa anterior era imprecisa y propiciaba divergencias legislativas, lo cual derivaba en que el acceso al asilo podría ser diferente según el Estado miembro que tramitara la solicitud.

La estructura de la norma sigue los mismos parámetros que en las dos anteriores. Lo más relevante es el Capítulo III, que regula los requisitos para ser refugiado. Se trata de personas sometidas a actos de persecución. El art. 9.2 establece una lista de posibles actos de persecución, como son:

- a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual;*
- b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria;*
- c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios;*
- d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias;*
- e) procesamientos o penas por la negativa a cumplir el servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento del servicio militar conllevaría delitos o actos comprendidos en los motivos de exclusión establecidos en el artículo 12, apartado 2;*
- f) actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños*

Es importante señalar que se trata de una lista no exhaustiva, es decir, que expone una serie de conductas pero admite la existencia de más.

Pese a lo dicho, me gustaría advertir que en virtud del Estatuto de los Refugiados, estas conductas no son las más caracterizadas para ser solicitante de asilo. Ello provoca cierta discordancia entre las más que puede llevar a confusión más que a la clarificación que supuestamente pretenden las normas comunitarias.

Lo dispuesto por el citado artículo debe completarse con el art. 10, pues explica una serie de parámetros que los Estados tendrán en cuenta, a fin de valorar el acto de persecución. Son por ejemplo, la raza, religión o grupo social al que pertenece el individuo, los cuales pueden hacer que su situación sea especialmente vulnerable. Más adelante veremos cómo se ponen de relieve estos actos de persecución en la vida real. Por el momento, recogemos la idea de que para solicitar asilo será necesario encontrarse en el supuesto de hecho de ser “perseguido” por un motivo que ponga en peligro la vida y/o la integridad moral de quien lo solicita.

La Directiva también regula el concepto de protección subsidiaria. Esta se establece como un Estatuto propio, distinto del Estatuto de Refugiado pero complementario al mismo. Es decir, se establece una protección subsidiaria para aquellas personas que aun no reuniendo los requisitos para ser consideradas como refugiadas, se enfrentan alguno de los riesgos graves previstos. Estos riesgos graves son, a tenor del art. 15 de la Directiva, los siguientes:

a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o

b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o

c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.

Tanto para los refugiados como para quienes se haya establecido una protección subsidiaria es importante señalar que se trata de individuos que han renunciado a acogerse a la protección de su país, ya sea porque no quieren o porque objetivamente no pueden hacerlo. Los efectos prácticos de la concesión de asilo o de protección subsidiaria son principalmente dos: la no devolución y la no expulsión. El primero hace referencia a que el individuo a quien se le hubiera concedido asilo no puede ser devuelto a su país; tiene derecho a permanecer en el Estado Miembro correspondiente. El segundo hace referencia a que dicho individuo tampoco podrá ser expulsado, de forma que tenga marcharse a un tercer país. En otras palabras, la persona protegida tiene asegurada su permanencia en la Unión Europea. Esta protección se mantendrá mientras subsistan las circunstancias que dan lugar al asilo. Lo normal es que estas circunstancias se mantengan -sirva de ejemplo la orientación sexual, la religión...las cuales es previsible que subsistan toda la vida del solicitante de asilo-.

Como decía, entre las ventajas de la adopción de esta nueva Directiva supondrá importantes mejoras en el tratamiento de las solicitudes del asilo. Al igual que las normas antes analizadas, esta Directiva refuerza la protección de los grupos más vulnerables –menores de edad, cuestiones de género...- y establece un estándar mínimo que garantice una aplicación uniforme por los Estados miembros. Tengamos en cuenta que el plazo de transposición de esta Directiva finalizó el 21 de diciembre de 2013, por lo que todos los Estados Miembros deben haber adaptado su legislación interna a la norma. Además de lo dicho, quisiera recalcar que la Directiva tiene presentes las dificultades prácticas concretas que pueden encontrarse los solicitantes de asilo, por lo que su fundamento es que sea una norma cercana a la realidad. Además, incorpora mejoras procedimentales: así, por ejemplo, clarifica los

motivos por los que puede concederse la protección internacional, aumentando la eficacia del proceso y evitando las posibles solicitudes fraudulentas.

Para completar el análisis de esta normativa, no podemos pasar por alto la Directiva 2008/115/CE, Directiva de retorno, conocida tristemente como “Directiva de la vergüenza”. Dicha norma fue aprobada en un contexto político de ideología conservadora, y fue blanco de numerosas críticas³⁹. Como indica CHUECA SANCHO⁴⁰, esta era una Directiva en la que se olvidaban los derechos procesales. Como cita el autor, la norma permitía actos como el internamiento durante un periodo de 18 meses, e incluso permitía el internamiento de niños –supuestamente, en aras de protección del menor-. Probablemente la Directiva ni siquiera sería compatible con el CEDH ni con la Carta, en palabras del autor.

La situación actual ha mejorado considerablemente, ya que la normativa se ha centrado en mejorar estos derechos procesales.

4.4 VALORACIÓN DE LA NORMATIVA Y FUTURAS PERSPECTIVAS

Del análisis conjunto de la normativa descrita puedo concluir que se trata de textos cuya misión principal ha sido unificar las condiciones existentes hasta la fecha en lo que al asilo se refiere. Esta tarea ha repercutido positivamente tanto desde el punto de vista procedimental como sustantivo. Efectivamente, tanto el Reglamento como las Directivas tienen presente que estamos ante una materia sensible, que afecta directamente a los derechos e integridad humanos. Es por ello por lo que se aprecia un esfuerzo en las normas comunitarias por tratar de manera justa y digna a los

³⁹ Fuente: Diario *El País* http://elpais.com/diario/2008/06/19/internacional/1213826402_850215.html - Consultado el 30 de agosto de 2015-

⁴⁰ CHUECA SANCHO, A.G., “Aproximación a la política de inmigración de la UE en el Mediterráneo”, en *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), nº 19, 2010, pp. 4 y 5.

interesados en este tipo de procesos. Además, las normas mantienen un equilibrio admirable al conjugar por un lado la necesidad de no rechazar infundadamente una solicitud de asilo, a la par que mantienen cierta prudencia para evitar el uso fraudulento de este mecanismo. Se debe tener en cuenta que la solicitud de asilo debería ser algo excepcional, ya que los países disponen de su propia normativa para aquellos extranjeros que desean vivir y trabajar. Por ello, el uso de esta figura no debe conllevar un abuso. Como he dicho, la normativa comunitaria mantiene un equilibrio saludable entre ambos derechos. En definitiva se tienen en cuenta los intereses de ambas partes, tanto del solicitante como de la propia ciudadanía europea.

Aunque aún es pronto para valorar el éxito de estas normas –recordemos que dos de las Directivas son aplicables desde hace muy poco tiempo- es previsible que dicha valoración sea positiva. Como veremos en el próximo Capítulo la regulación comunitaria de esta materia posee una buena valoración a nivel internacional. No en vano se considera a la Unión Europea como pionera en el respeto a los derechos humanos. Como veremos en el siguiente Capítulo relativo a la jurisprudencia, se puede comprobar hasta qué punto puede influir la Unión Europea en otros países. En numerosas ocasiones la esfera internacional se hace eco de lo sucedido en Europa, copiando –en el buen sentido de la expresión- sus conductas a seguir.

Es de esperar que estas nuevas normas supongan un tratamiento justo de la materia. El motivo es que al armonizar las normas referentes al asilo se propicia la seguridad jurídica entre los Estados Miembros. Efectivamente, este cambio normativo implica que se aceptará o rechazará una solicitud con motivos fundados sea cual sea el caso, por lo que los demandantes de asilo pueden esperar que el procedimiento sea igualitario, sin arbitrariedades. Además al armonizar toda esta normativa se evita el *forum shopping* entre dichos solicitantes, ya que no acudirán únicamente al Estado que les sea más favorable –como ya he comentado anteriormente-.

Me gustaría añadir también, siguiendo a INGRID BOCCARDI, que una política de asilo efectiva no debe centrarse únicamente en la protección frente a la persecución, sino también en prevenir dicha persecución⁴¹. Como ya he señalado al principio de este trabajo, ninguna regulación normativa es *per se* suficiente si no se tratan las causas por las que suceden los hechos. Esto se ha puesto de relieve recientemente, tras los alarmantes sucesos que han venido teniendo lugar el septiembre de este año. Durante semanas, la UE se ha visto desbordada ante una avalancha de refugiados – fundamentalmente sirios- en la que ha sido denominada como “crisis de los refugiados”⁴². La crisis ha supuesto una movilización a gran escala de recursos comunitarios pero, además, ha dejado un importante problema de fondo: ¿debe permitirse la llegada de más refugiados o debe limitarse, sabiendo que esto último atentaría contra la libre circulación de personas? Como vemos, esta situación podría atentar contra uno de los Pilares fundamentales de la UE, con lo que la tras la crisis migratoria actual subyace otra crisis tanto o más seria que la citada. Los Estados han tratado de resolver la cuestión, en un principio, con la proposición de diversas ideas. Una de ellas ha sido la creación de *cuotas*, es decir, que cada Estado se comprometería a acoger un determinado número de refugiados, de forma que el peso no recayese únicamente en los países de más afluencia –Alemania, Austria...-. En mi opinión, si bien esto puede ser una reorganización a corto plazo, no es más que un parche temporal. La desestabilización de los países de origen es tal, que mientras no se solucione no habrá Estado de origen que pueda acoger tal número de refugiados. Además, parece que la normativa comunitaria está enfocada desde el punto de vista reducido –solicitudes individuales o en pequeños grupos- pero no para grandes avalanchas como la presenciada en estas fechas. No lo considero un fallo propiamente dicho de la normativa citada, puesto que ha sido una situación imprevista que no pudo saber el legislador cuando redactó las Directivas –o, al menos, no a esta escala-. La cuestión es extremadamente delicada ya que la UE se

⁴¹ BOCCARDI, I., *Europe and Refugees. Towards and EU Asylum Policy*, Kluwer Law International, Gran Bretaña, 2002, p.211.

⁴² Así lo señalaba el Diario español El País: <http://elpais.com/Comentario/1442334687-35a5781f8113ceee125576cd8d07db81>. -Consultado el 16 de septiembre de 2015.

encuentra inmersa en su propia crisis económica y social. Apenas unas semanas antes de la crisis de refugiados tuvo lugar la crisis económico-financiera griega, que se saldó con la dimisión del primer ministro griego, Alexis Tsipras, así como del ministro de Economía, Yanis Varoufakis ⁴³. Afortunadamente la UE salió airosa de la situación, pero el conflicto no hace sino poner de relieve los problemas económicos que atraviesa la Unión. En estas circunstancias, es difícil saber si pese a sus esfuerzos será la UE capaz de salir de la situación sin poner en riesgo a su propia población.

V. ASILO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Una vez examinado el marco normativo en que se desenvuelve el asilo es momento de ponerlo en relación con la realidad práctica. El TJUE realiza una importante labor interpretativa del Derecho de la Unión, que en este caso se centrará lógicamente en esta materia. Esta labor se lleva a cabo, entre otros medios, mediante cuestiones prejudiciales. En ellas, el Tribunal nacional desea saber cómo debe interpretarse una determinada norma del derecho de la Unión, para así continuar con el proceso nacional abierto en ese momento. Las siguientes sentencias que voy a analizar son precisamente cuestiones prejudiciales.

Las sentencias que expondré a continuación no han sido seleccionadas al azar. Se trataba, en primer lugar, de analizar normativa reciente y en consonancia con la actualidad. Además, he intentado que dichas sentencias reflejen situaciones o supuestos de hecho distintos, para dar heterogeneidad a este estudio. Así, se tratan solicitudes de asilo que tuvieron lugar por tres motivos distintos: por conflicto

⁴³ Fuente: Diario El Mundo

Vid. <http://www.elmundo.es/economia/2015/08/20/55d5c880e2704e89148b4589.html> y <http://www.elmundo.es/economia/2015/07/06/559a15dfe2704e862c8b456e.html>
-Consultados el 16 de septiembre de 2015.

armado, por orientación sexual y por motivos religiosos. De esta forma se consigue dar una visión heterogénea al asilo, pues ciertamente la situación actual es así, diversa y por muy variadas motivaciones. Asimismo, aun teniendo en cuenta que las sentencias que siguen son todas muy recientes, es importante considerar que pertenecen a distintos años. De esta forma creo que se podrá observar el tema desde un prisma más amplio, el cual recoge no solo la evolución legal, sino también social de los últimos años.

5.1 SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2015. CASO SEPHERD

El primero de los litigios tiene como principal interesado al Sr. Shepherd, de nacionalidad estadounidense, el cual resolvió alistarse en el ejército norteamericano en diciembre de 2003, por un periodo inicial de quince meses. El citado sujeto fue formado como técnico de mantenimiento de helicópteros, por lo que un año después, en septiembre de 2004, fue destinado a un batallón de apoyo aéreo en Alemania. La unidad a la que pertenecía se encontraba desplegada en Irak en ese momento, por lo que se unió a ella en el citado país. En el periodo comprendido entre septiembre de 2004 y febrero de 2005 trabajó en las labores en las que se había instruido, es decir, las de mantenimiento de helicópteros. Su participación militar, por tanto, no era directa pues no entró en combate ni participó en operaciones militares. Tras su periodo en Irak, la unidad del Sr. Shepherd regresó a Alemania y él decidió volver a participar en misiones militares. Sin embargo, en abril de 2007 se ordenó su redespliegue en Irak, situación con la que no estaba conforme el interesado. A su juicio consideraba que no debía prestar apoyo en una guerra que consideraba ilegal y en la cual se estarían cometiendo crímenes de guerra. Debido a estas motivaciones el Sr. Shepherd abandonó el ejército estadounidense, presentando una solicitud de asilo a las autoridades alemanas en agosto de 2008.

En definitiva, desde el alistamiento del Sr. Shepherd hasta la petición de asilo habían transcurrido cinco años. En dicho periodo fue llamado a prestar servicio en Irak dos

veces, pero tras un primer periodo en dicho territorio el Sr. Shepherd consideró que ya no se sentía comprometido con la labor que debía realizar, debido a cuestiones ideológicas, por lo que no continuó con dicha tarea. El problema viene marcado por el hecho de que abandonar el ejército antes de cumplir el plazo es considerado desertión, delito gravemente penado en los Estados Unidos. Dada su situación el interesado consideró conveniente presentar, como he mencionado, una solicitud de asilo. Para fundamentar dicha solicitud alegó que la desertión es un delito gravemente penado en su país, de forma que de regresar al mismo se expondría al correspondiente proceso penal, así como al rechazo social.

Una vez expuestos los hechos, examinaremos el *íter procesal* que siguió el presente caso. Básicamente son tres los órganos implicados: la Oficina Federal de Inmigración y Refugiados, el Tribunal de lo contencioso-administrativo de Munich y el propio TJUE. Así, en primer lugar el Sr. Shepherd acudió a la citada Oficina Federal, con la intención de obtener el Estatuto de Refugiado; al no conseguir respuesta favorable recurrió al contencioso administrativo. Finalmente, este último Tribunal se remitió al TJUE para aclarar lo dispuesto por la normativa comunitaria⁴⁴. Observamos por tanto que la tramitación procesal de este caso no reviste especial dificultad, por lo que no requiere mayores explicaciones.

Como en cualquier procedimiento, debemos aludir al marco jurídico en que se desenvuelve este caso. Este viene conformado por diferentes tipos de normas: internacionales, comunitarias y nacionales, que en este caso serán normas nacionales alemanas.

En primer lugar, el procedimiento se examina al amparo de la convención sobre el Estatuto de los Refugiados –convención de Ginebra-y su Protocolo. En particular se examina el art. 1, ya que en el mismo se establece la definición de refugiado. En segundo lugar, también es de aplicación en el presente litigio la Directiva 2004/83, citada anteriormente en este trabajo: Es la directiva relativa a los requisitos para

⁴⁴ Efectivamente, entre las tareas propias del TJUE se incluye la interpretación de las normas comunitarias, aclarando o especificando aspectos de las mismas que pudieran dar lugar a dudas.

obtener el Estatuto de Refugiado. De la Directiva se examinan diversos considerandos, así como los arts. 1, 2, 4, 9 y 12. Por último, es examinada la ley nacional alemana relativa al procedimiento de asilo –*Asylverfahrensgesetz*, en su lengua original-. En particular el art. 3 2 de la citada ley expone las condiciones para considerar a un sujeto como refugiado, así como los motivos de exclusión. Dichos motivos son básicamente tres: haber cometido un delito contra la paz, crimen de guerra o lesa humanidad; haber cometido un grave delito común fuera del territorio nacional antes de ser admitido como refugiado, en concreto un acto especialmente cruel, incluso si su comisión persigue un objetivo claramente político; y haber vulnerado los principios de las Naciones Unidas. También se examina el art. 60 de la citada ley, ya que contiene los parámetros para considerar que existe *persecución*.

Sobre la base de la normativa citada y dadas las dudas surgidas respecto a cómo debe interpretarse la normativa comunitaria, el Tribunal alemán plantea un total de ocho cuestiones prejudiciales:

1) *¿Debe interpretarse el artículo 9, apartado 2, letra e), de la Directiva 2004/83 en el sentido de que su ámbito de protección sólo comprende a las personas cuyas funciones militares concretas abarcan la participación directa en actos de combate, es decir, operaciones armadas, o que dispongan de autoridad para ordenar tales operaciones (primera alternativa), o también pueden estar incluidos en la protección de dicha disposición los demás miembros de las fuerzas armadas cuando sus funciones se limiten al apoyo logístico y técnico de la tropa al margen de los actos de combate propiamente dichos y sólo tengan una influencia indirecta en la evolución del combate (segunda alternativa)?*

2) *En caso de que se responda a la primera cuestión en el sentido de la segunda alternativa:*

¿Debe interpretarse el artículo 9, apartado 2, letra e), de la Directiva 2004/83 en el sentido de que el servicio militar en un conflicto (internacional

o interno) debe incitar u obligar de forma predominante o sistemática a la comisión de los delitos o actos mencionados en el artículo 12, apartado 2, de la Directiva 2004/83 (primera alternativa), o basta con que el solicitante de asilo exponga que las fuerzas armadas a las que pertenece han cometido, en casos concretos, delitos en el sentido del artículo 12, apartado 2, de la Directiva 2004/83 en la zona donde estaban destinadas, ya sea porque ciertas órdenes tuvieran carácter delictivo, ya sea porque determinadas personas hayan cometido excesos (segunda alternativa)?

3) *En caso de que se responda a la segunda cuestión en el sentido de la segunda alternativa:*

¿Se concede la protección como refugiado sólo cuando se estima que muy probablemente y más allá de cualquier duda razonable también en el futuro se van a cometer violaciones del Derecho internacional humanitario, o basta con que el solicitante de asilo describa hechos que en el conflicto concreto lleven (necesaria o probablemente) a la comisión de tales delitos, por lo que no cabe descartar la posibilidad de que se vaya a ver envuelto en ellos?

4) *¿El hecho de que los tribunales militares no toleren o castiguen las violaciones del Derecho internacional humanitario excluye la protección como refugiado con arreglo al artículo 9, apartado 2, letra e), de la Directiva 2004/83 o esta circunstancia es irrelevante? ¿O es necesario que se haya producido incluso una sanción por parte de la Corte Penal Internacional?*

5) *¿El hecho de que el despliegue de tropas o el estatuto de ocupación hayan sido sancionados por la comunidad internacional o se basen en un mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas excluye la protección como refugiado?*

6) *¿Para la concesión del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 9, apartado 2, letra e), de la Directiva 2004/83 es necesario que el solicitante*

de asilo corra el riesgo de ser condenado con arreglo al Estatuto de la Corte Penal Internacional por el cumplimiento de sus obligaciones militares (primera alternativa), o se concede dicha protección aunque no se haya llegado a esa situación, es decir, aunque el solicitante de asilo no deba temer una sanción penal, pero aun así no pueda cumplir con su servicio militar de acuerdo con su conciencia (segunda alternativa)?

7) *En caso de que se responda a la sexta cuestión en el sentido de la segunda alternativa:*

¿El hecho de que el solicitante de asilo no haya hecho uso de la posibilidad de iniciar un procedimiento ordinario de objeción de conciencia, pese a haber tenido la oportunidad de hacerlo, excluye el estatuto de refugiado con arreglo a las disposiciones mencionadas, o se puede plantear su concesión aunque se trate de una simple decisión de conciencia?

8) *¿La expulsión deshonrosa del ejército, la imposición de una pena de privación de libertad y la consiguiente marginación y desventajas sociales constituyen un acto de persecución con arreglo al artículo 9, apartado 2, letras b) o c), de la Directiva 2004/83?»*

Ciertamente es un número inusualmente extenso de cuestiones prejudiciales planteadas en un mismo caso. Como podemos observar, las cuestiones planteadas giran en torno a dos alternativas, que son las expuestas en la cuestión primera. Las restantes cuestiones prejudiciales sólo entran en juego en caso de responderse en base a la segunda alternativa; pero no serían necesarias si atendemos a la primera. El motivo es que el caso del Sr. Shepherd es encuadrable únicamente en el ámbito de la segunda alternativa, es decir, en el supuesto de que una persona participe de forma indirecta en conflictos armados.

El Tribunal da respuesta a todas estas cuestiones en el sentido que voy a comentar a continuación. En primer lugar, el Tribunal pone de manifiesto que no se niega la

existencia de una persecución hacia el interesado a causa de haber abandonado voluntariamente el ejército. Lo que aquí se examina –dice el Tribunal- es si esos hechos pueden calificarse como “actos de persecución”, en el sentido de la Directiva. En segundo lugar, se plantea también si una persona que realiza tareas como las llevadas a cabo por el Sr. Shepherd –que recordemos eran tareas de mantenimiento mecánico- quedan amparadas por esta normativa. Efectivamente el Tribunal considera que sí lo están, dado que la Directiva no especifica que una persona haya tenido que dedicarse personalmente a cometer crímenes de guerra, por tanto, a *sensu contrario* cabe incluir las labores del Sr. Shepherd en el ámbito de aplicación de la Directiva. Además, no se exige que los crímenes de guerra aludidos por el interesado hayan sido ya constatados previamente o condenados por la Corte Penal Internacional, es decir, que basta con que el interesado crea que se pueden estar cometiendo dichos crímenes. Para la apreciación de tales hechos se remite a las correspondientes autoridades nacionales. Esto significa que será el Estado alemán el que deberá valorar si efectivamente considera que se han cometido tales crímenes de guerra, y ello se realizará mediante indicios que puedan demostrar la comisión de tales crímenes. A la hora de apreciar esta situación por parte de las autoridades nacionales, se debe tener en cuenta si la intervención armada se ha iniciado sobre la base de un mandato del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas o de un consenso de la comunidad internacional y de que el Estado o los Estados que llevan a cabo las operaciones castiguen los crímenes de guerra. A continuación, el Tribunal continúa su interpretación exponiendo que la negativa a cumplir el servicio militar debe ser la única vía que tenga el interesado para acogerse al estatuto de refugiado y así evitar la comisión de los citados crímenes de guerra. Si el Sr. Shepherd contaba con otras vías –como declararse objetor de conciencia- para evitar su participación, no puede ser protegido por esta Directiva. La última consideración que hace el Tribunal es la relativa a la octava cuestión prejudicial: considera que las sanciones impuestas a quienes abandonen el ejército no pueden considerarse desproporcionadas, hasta el punto de constituir actos de persecución.

A mi juicio, considero que pueden extraerse dos valoraciones distintas de la postura llevada a cabo por el TJUE en el presente caso. Por un lado, me parece acertado incluir en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria a todo tipo de personal militar, independientemente de la tarea que realice. Efectivamente considero que las tareas de mantenimiento en el ejército pueden equipararse a la entrada en combate efectiva, pues estas últimas no serían posibles sin las primeras. Por tanto, me parece acertado incluir ambos tipos de situaciones en el ámbito de aplicación de la Directiva. Esta extensión no hace sino ofrecer una mayor protección, lo cual debería ser la *última ratio* del derecho. El Tribunal es ecuanime en la valoración de los intereses que presentan todas las partes implicadas, es decir, tanto el interesado, como el ejército al que pertenece y el propio Estado alemán. Sin embargo, una circunstancia que considero desfavorable es la decisión de remitir a los Tribunales nacionales para determinar si existe un acto de persecución, pues si bien se hace con buen criterio no acaba de resolver la pretensión del interesado. La situación es que el caso vuelve a donde empezó, es decir, a los tribunales alemanes. La decisión emitida por el Tribunal es conforme al derecho comunitario, ya que respeta lo dispuesto por la Directiva. El Tribunal realiza una interpretación de la misma, que respeta el sentido y finalidad de la propia norma. Tanto legal como procesalmente, no hay tachas en la resolución. Por lo tanto, en mi opinión entiendo que si bien el planteamiento del Tribunal ha sido correcto, la resolución en sí misma no aporta una solución concreta para el Sr. Shepherd -ya que como he dicho deberá esperar a que se pronuncien los Tribunales alemanes- ,lo cual sin duda hace que el proceso haya sido lento y farragoso para el interesado.

5.2 SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 2014. ASUNTOS ACUMULADOS C-148/13 A C-150/13

El presente litigio tuvo lugar entre tres interesados, denominados genéricamente como “A, B y C”.⁴⁵ Todos ellos eran originarios de países terceros, en los cuales

⁴⁵ A fin de proteger la intimidad de los interesados sus nombres no figuran en esta Sentencia.

podían ser perseguidos debido a su homosexualidad. Inicialmente los tres interesados llegaron a los Países Bajos, donde solicitaron residencia temporal por motivos de asilo. Todos ellos alegaron la citada condición sexual como motivo de solicitud de asilo. En un primer momento, el demandante conocido como C presentó una solicitud de asilo por motivos distintos; sin embargo, tras serle rechazada planteó una segunda, reconociendo efectivamente su homosexualidad, y su temor a ser perseguido en su país de origen debido a dicha condición. El Tribunal desestimó en un primer momento las tres solicitudes: consideró que estas eran vagas o inverosímiles, es decir, que no se podía acreditar con certeza la condición homosexual que justificaban los demandantes de asilo. A juicio del Tribunal no había pruebas concluyentes, y además uno de los solicitantes no había expresado desde el primer momento su orientación, sino que lo hizo *a posteriori*. Cabe decir que los solicitantes no se negaron a demostrar dicha orientación: en el caso de A, aceptó someterse a un “examen” para así demostrar, si era preciso, la credibilidad de sus declaraciones; mientras que C remitió al Tribunal material privado relativo a su intimidad, en consecuencia con lo dicho. Por todo ello A, B y C decidieron apelar las Sentencias ante el *Raad van State* (Tribunal neerlandés).

Al igual que en la Sentencia tratada anteriormente, el marco jurídico de este caso viene conformado por normas de distintos niveles. En primer lugar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados –Convención de Ginebra–, así como su Protocolo. En segundo lugar, las normas comunitarias examinadas son la Directiva 2004/83 –ya citada– y la Directiva 2005/85, sobre normas mínimas que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Finalmente es de aplicación el derecho nacional neerlandés, cuyas normas están contenidas en el artículo 31 de la Ley de extranjería de 2000, el artículo 3.111 del Decreto sobre extranjería de 2000, y el artículo 3.35 del Reglamento de extranjería de 2000.

Ante las incertidumbres surgidas a lo largo de este proceso, y visto que la legislación comunitaria no resolvía todas las dudas concernientes a la situación de los

interesados, el tribunal de Países Bajos decide remitir al TJUE una cuestión prejudicial: desea saber si el art. 4 de la Directiva 2004/83 debe interpretarse en el sentido de imponer límites a las autoridades nacionales que se ven implicadas en la concesión de asilo de un solicitante que alega ser perseguido en base a su homosexualidad. Es decir ¿existe algún límite cuando se trata de examinar una solicitud en base a una declaración de homosexualidad?

En primer lugar, el Tribunal hace referencia a que si bien es cierto que una persona que solicita asilo por motivos de orientación sexual debe alegar tal situación, estas solicitudes pasan por un proceso de evaluación. Es decir, que no parece oponerse a que una persona alegue a posteriori su orientación sexual, como ocurrió en el presente caso. Además, en lo relativo a las pruebas documentales que se presenten en el proceso, estas deben respetar en todo caso los derechos fundamentales dispuestos por la Carta: el respeto a la dignidad humana, y el respeto a la vida privada y familiar. Por ese motivo, tampoco es necesario que el solicitante presente pruebas ni se someta a exámenes que demuestren su homosexualidad. Como dice el Tribunal

(...) autorizar o aceptar tal tipo de pruebas supondría un efecto incentivador respecto de otros solicitantes y equivaldría, de facto, a imponerles a éstos tales pruebas.

Seguidamente el Tribunal recuerda que la Directiva 2004/83 establece la necesidad de realizar una valoración atendiendo a las circunstancias personales de los solicitantes. Esto se traduce en que este tipo de solicitudes de asilo no se pueden valorar únicamente sobre la base de conceptos “estereotipados” relativos a los homosexuales; por el contrario, lo que habrá que hacer es valorar el caso concreto de cada persona, con su situación y circunstancias particulares.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta ahora, el Tribunal resuelve afirmando los siguientes postulados: Primero, que tanto 2004/83 como la Directiva 2005/85 deben

interpretarse en el sentido de que se oponen a que la apreciación de las solicitudes referidas a la orientación sexual se haga únicamente sobre la base de conceptos estereotipados de los homosexuales; segundo, el Tribunal manifiesta, apoyándose tanto en la directiva 2004/83 como en la Carta, que los interrogatorios relativos a la orientación sexual no deben ser detallados; tercero, expresa que no solo no es necesario que el solicitante se someta a un “examen” para verificar su homosexualidad, sino que este medio de prueba ni siquiera debe aceptarse; por último, indica que el hecho de no expresar la orientación sexual en un primer momento no convierte en inverosímil la declaración del solicitante.

En mi opinión personal, el TJUE realiza una excelente ponderación de derechos en el caso que acabo de exponer. Tiene presente el respeto a la intimidad personal, incluso cuando la situación requiere una valoración de temas personales eminentemente personales. Efectivamente, como pone de manifiesto el Tribunal, esta intimidad debe ser respetada siempre, de forma que incluso un procedimiento como el de asilo debe respetar ciertos límites. No parecía muy acorde al espíritu comunitario que una persona tuviera que mostrar necesariamente material íntimo, o que tuviera que responder todo tipo de preguntas para probar su homosexualidad. La sensibilidad con la que trata un tema como el que aquí se desarrolla pone de relieve el buen hacer del Tribunal y el respeto práctico a los derechos expresados en las normas comunitarias. Debemos tener en cuenta, además, que la postura que mantiene la Unión Europea trasciende a menudo hacia otras áreas del mundo, pues Europa es vista como un estandarte del respeto a los derechos humanos. Es por ello por lo que una postura como la defendida por el Tribunal es especialmente positiva en el sentido de que puede ser tenida en cuenta por Tribunales de otros países. Así, por ejemplo, me gustaría citar que pocos meses después de esta Sentencia tuvo lugar un hecho histórico: el Tribunal Supremo estadounidense declaró legal en todo el país el matrimonio entre personas del mismo sexo⁴⁶. Aunque la Sentencia no tiene una

⁴⁶ La Sentencia tuvo lugar con fecha de 26 de junio de 2015. De ella se hizo eco toda la prensa internacional. En lo que respecta a España puede consultarse dicha noticia publicada por el Diario El País http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435327649_177772.html

relación estrictamente directa con el caso que acabo de examinar, no es menos cierto que una postura conciliadora por parte de la Unión Europea puede influir en la forma en que otros países toleren la homosexualidad. A la vista de los hechos, parece que así ha sido.

5.3 SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2012. ASUNTOS ACUMULADOS C-71/11 Y C-99/11

La tercera y última Sentencia que me dispongo a analizar tiene como demandantes a los Sres. Y y Z. Se trata nuevamente de nombres genéricos, con el fin de proteger su verdadera identidad. Los citados sujetos entraron en Alemania en enero de 2004 y agosto de 2003, respectivamente, solicitando asilo. El motivo por el cual solicitaron tal asilo era por su condición religiosa: efectivamente ambos formaban parte de la comunidad musulmana denominada Ahmandía, que al ser un movimiento de carácter reformista del Islam no era aceptado en su país de origen. El primero de los solicitantes fue atacado con piedras, mientras que el segundo recibió amenazas de muerte.⁴⁷ Por todos estos hechos decidieron solicitar asilo en Alemania.

El íter *procesal* de este caso es algo más complejo, ya que implica diversos Tribunales. En primer lugar, el *Bundesamt* -Tribunal nacional alemán- denegó ambas solicitudes de asilo, alegando que estas no eran fundadas. A causa de ello, Y decidió interponer un recurso ante el *Verwaltungsgericht Leipzig* -es decir, el Tribunal de lo contencioso administrativo de Leipzig-, el cual dio la razón al citado demandante de asilo. Por su parte, Z recurrió ante el *Verwaltungsgericht Dresden* -Tribunal de lo contencioso-administrativo de Dresde-, el cual sin embargo no emitió sentencia favorable, desestimando el asilo. Finalmente, el *Sächsisches Obergerverwaltungsgericht* -Tribunal Superior de lo contencioso-administrativo del Land de Sajonia-, declara respectivamente que quedaba desestimado el recurso

⁴⁷ El Código Penal pakistaní establece una pena de tres años de cárcel –o multa- a los miembros de este grupo que realicen determinados hechos (predicar su fe, instar a otras personas a unirse...), y establece asimismo pena de muerte o cadena perpetua a quien ultraje el nombre del profeta Mahoma.

interpuesto por el delegado federal en materia de asilo, relativo al caso de Y; y prohibió la expulsión de Z a su país de origen, Pakistán.

En total, por tanto, son cinco los Tribunales implicados: los cuatro Tribunales antes citados y el propio TJUE.

El marco jurídico de este caso está formado por normas ya citadas en las sentencias anteriores: la Convención de Ginebra –junto con su Protocolo–; el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales –CEDH–; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; la Directiva 2004/83 ,y el derecho alemán, formado por la Ley Fundamental, la Ley de procedimiento de Asilo, la Ley relativa a la entrada y la residencia de los extranjeros en el territorio de la República Federal, y la Ley por la que se efectúa la transposición de las Directivas de la Unión Europea en materia de derecho de residencia y de asilo.

En este caso, en definitiva, nos encontrábamos ante dos sujetos que vieron limitada la práctica de su religión, y que debido a ello solicitaron asilo. No quedaba claro si estas limitaciones constituían una “persecución” que diera lugar a la concesión del Estatuto de refugiado. Dadas las dudas surgidas en este punto, el Tribunal nacional alemán decidió presentar un total de tres cuestiones prejudiciales, las cuales expongo a continuación:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva [...] en el sentido de que no toda injerencia en la libertad religiosa contraria al artículo 9 del CEDH constituye un acto de persecución en el sentido del primero de dichos artículos, sino que únicamente existe una violación grave de la libertad religiosa como derecho humano fundamental cuando se ve afectado el contenido esencial de dicha libertad?»

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

a) ¿Se limita el contenido esencial de la libertad religiosa a la manifestación y práctica de la religión en el ámbito doméstico o vecinal, o puede existir también un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva [...] cuando la práctica de la religión en público en el país de origen implica un riesgo para la vida, la integridad física o la libertad física y, por este motivo, el solicitante renuncie a dicha práctica?

b) Si el contenido esencial de la libertad religiosa puede abarcar también determinadas prácticas religiosas en público:

— ¿Basta, para considerar que existe una violación grave de la libertad religiosa, con que el solicitante considere que no puede renunciar a esa práctica de su fe con el fin de conservar su identidad religiosa?

— ¿O es además necesario que la comunidad religiosa a la que pertenezca el solicitante considere que dicha práctica religiosa constituye un componente central de su doctrina?

— ¿O pueden existir otras limitaciones como consecuencia de otras circunstancias, como, por ejemplo, la situación general del país de origen?

3) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

¿Existen fundados temores a ser perseguido, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva [...], si se demuestra que el solicitante, al regresar al país de origen, llevará a cabo determinadas prácticas religiosas (ajenas al contenido esencial de su libertad religiosa), a pesar de implicar un riesgo

para su vida, su integridad física o su libertad física, o cabe esperar razonablemente que el solicitante renuncie en el futuro a tales prácticas?»

Observamos que estas cuestiones son consecutivas, ya que solo se puede contestar a las últimas si se ha respondido afirmativamente a la primera, como sucede también en los casos expuestos anteriormente.

El TJUE parte, para resolver este caso, de que no toda injerencia en la libertad religiosa supone una persecución encuadrable en el supuesto de hecho de asilo. Estas injerencias deben revestir suficiente importancia, es decir, deben ser graves. Estos actos graves son aquellos que menoscaban la libertad de la persona para manifestar sus creencias, tanto en el ámbito público como en el privado. Aclara el Tribunal que el temor de un solicitante de asilo a ser perseguido será fundado cuando las autoridades competentes, teniendo en cuenta las circunstancias personales del solicitante, estimen razonable pensar que, al regresar a su país de origen, éste practicará actos religiosos que le expondrán a un riesgo real de persecución. Cabe deducir, por tanto, que tanto Y como Z cumplen este requisito: efectivamente ya se vieron expuestos a tal persecución antes de abandonar Pakistán, y es factible que lo siguieran estando si volviesen allí; por lo tanto procede encuadrarles como solicitantes de asilo.

En mi opinión, la postura del TJUE representa un gran cierto: al igual que en las sentencias anteriores, realiza una equilibrada ponderación de derechos. Me parece lógico y congruente que se examine cada caso de forma individual, ya que como comenta el Tribunal no todas las limitaciones son, *per se*, suficientemente graves como para justificar la concesión de asilo. Por otra parte también coincido en el hecho de incluir el ámbito público de manifestación religiosa. Sería muy limitado que un individuo sólo pudiera mostrar sus creencias religiosas en privado, y que no estuviera protegido cuando se le ataque en público por este motivo. La creencia en una fe es un hecho que abarca a toda la esfera del individuo, tanto pública como privada. Considero que la protección en este ámbito es tan importante como pudiera

Asilo en la Unión Europea: un análisis a través de la legislación y la jurisprudencia comunitarias

serlo en las Sentencias que he examinado anteriormente: las creencias personales son una manifestación más del carácter del individuo, que merece tanto respeto como cualquier otra situación.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. Partiendo de la consideración del asilo como una materia especialmente sensible, parece justo y razonable afirmar que la labor desarrollada hasta la fecha por la Unión Europea ha sido respetuosa y se ha efectuado en consonancia con los principios en los que se inspira.

SEGUNDA. Esta labor no puede permanecer estática, sino que deberá actualizarse periódicamente. Aunque es cierto que las normas comunitarias parecen haber alcanzado un grado suficiente de perfeccionamiento, siempre será posible incluir nuevos matices que mejoren la regulación existente. El Derecho es por su propia naturaleza una ciencia dinámica, que en el caso de la temática aquí tratada cobrará una importancia todavía mayor, ya que las migraciones son un hecho en constante cambio y movimiento.

TERCERA. En consonancia con lo dicho, no debe olvidarse que el asilo forma parte de un ámbito más amplio, tal es el de los movimientos migratorios, que a su vez son deudores de numerosos factores político-sociales y económicos. Por ello, el tratamiento del asilo no debería realizarse de forma blindada con el exterior, sino que tiene que ser sensible con la situación actual y tener en cuenta diversas materias. Podría decirse así que el Derecho comunitario del asilo debe abarcar un enfoque pluridisciplinar que se nutra de las perspectivas de otras disciplinas: la economía, la sociología, la historia, entre otras. De esta manera, se podrá abordar la materia de una forma completa, que no sería posible con un tratamiento exclusivamente ceñido a una disciplina.

CUARTA. El tratamiento de esta materia se ha venido realizando –y así debería continuar- atendiendo a las dos partes interesadas, es decir, el solicitante de asilo y la propia Unión Europea. No podemos olvidar que la situación actual de Europa es especialmente delicada; encontrándose prácticamente al límite de sus capacidades físicas y económicas. Por ello se debe prestar atención a quien solicita asilo con

Asilo en la Unión Europea: un análisis a través de la legislación y la jurisprudencia comunitarias

finés fraudulentos, pues dicha situación repercute negativamente en el resto de ciudadanos.

QUINTA. El alto estándar que ha venido ofreciendo la Unión Europea en cuanto al tratamiento de los derechos humanos puede repercutir positivamente a nivel internacional, y de hecho así está sucediendo. Por ello, cualquier esfuerzo en esta materia es especialmente relevante en la época actual. Europa puede encontrar una motivación a continuar su labor no sólo en su propio beneficio, sino en beneficio de toda la comunidad internacional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

MANUALES

BOCCARDI, I., *Europe and Refugees. Towards and EU Asylum Policy*, Kluwer Law International, Gran Bretaña, 2002.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Volúmenes I y II, Comares, Granada, 2013.

GALIANA SAURA, A., “Problemas Técnico-Formales y de factibilidad en la LO 4/2000 sobre derechos de los inmigrantes en España y su integración social” en *Inmigración y Derechos*, Fernández Sola y Calvo García (coord.), Mira Editores, Zaragoza, 2001.

MOLE.N, *Asylum and the European Convention on human Rights*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2007.

PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 14ª Edición, Tecnos, Madrid, 2010, p.244.

SOLANES CORELLA, A. “Avances y retrocesos del Derecho de Asilo en España” en *Políticas migratorias, Asilo y Derechos Humanos*, Solanes y La Spina (Eds.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

TRUJILLO HERRERA, R. *La Unión Europea y el Derecho de asilo*, Dykinson, Madrid, 2013.

REVISTAS

CHUECA SANCHO, A.G., “Aproximación a la política de inmigración de la UE en el Mediterráneo”, en *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), nº 19, 2010, pp. 4 y 5.

FERNÁNDEZ RODERA, J.A., “Control de fronteras y modalidades especiales de asilo”, en *Novedades legislativas en materia de asilo y extranjería*, Ortega Martín (Dir.), Cuadernos Digitales de formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011, p.1.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La inmigración en la Unión Europea”, en *Inmigración y ciudadanía: perspectivas sociojurídicas* (Jornadas sobre Inmigración y Ciudadanía Europea), 2003, p.79.

MUÑOZ AUNIÓN, A. “La regulación internacional del asilo internacional y la necesidad de reformas para garantizar la seguridad humana”, en *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar: REFEG*, nº 1, 2014, p. 10.

ORIHUELA CALATAYUD, E. “Asilo y refugiados ¿solidaridad o seguridad?” en *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, nº22, 2004, p. 219.

OTRAS PUBLICACIONES

Schengen: la puerta de acceso a la libre circulación en Europa, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2015.

LEGISLACIÓN (leyes analizadas)

Comunitaria:

Reglamento (UE) n° 509/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, que modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición).

Asilo en la Unión Europea: un análisis a través de la legislación y la jurisprudencia comunitarias

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición).

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición).

Nacional española:

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

JURISPRUDENCIA

STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-472/13.

STJUE de 12 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13.

STJUE de 6 de junio de 2013, asunto C-648/11.

STJUE de 5 de septiembre de 2012, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11.

Asilo en la Unión Europea: un análisis a través de la legislación y la jurisprudencia comunitarias

OTROS

Imagen de portada extraída de:

<http://frackingargentina.org/wp-content/uploads/2015/05/Blue-Card-Europa.jpg>

Asilo en la Unión Europea: un análisis a través de la legislación y la jurisprudencia comunitarias

ANEXO I

Principales ciudadanías que solicitan asilo por primera vez. Primer trimestre de 2015

EU-28		#	(%)
Kosovo		48 875	26
Syria		29 100	16
Afghanistan		12 910	7
Albania		8 140	4
Iraq		7 295	4
Other		78 500	42

BELGIUM	#	(%)
Syria	720	21
Afghanistan	305	9
Iraq	270	8
Kosovo	225	7
Somalia	160	5
Other	1 760	51

DENMARK	#	(%)
Syria	605	40
Stateless	125	8
Somalia	90	6
Afghanistan	70	5
Iran	60	4
Other	550	37

IRELAND	#	(%)
Pakistan	270	43
Nigeria	45	7
Albania	40	6
Bangladesh	40	6
CD	20	3
Other	210	34

FRANCE	#	(%)
Kosovo	1 535	10
CD	875	6
Russia	780	5
Iraq	730	5
Syria	685	5
Other	10 165	69

CYPRUS	#	(%)
Syria	175	40
Stateless	50	11
Vietnam	30	7
Pakistan	25	6
Ukraine	20	5
Other	135	31

LUXEMBOURG	#	(%)
Kosovo	70	27
Montenegro	25	10
Albania	15	6
Syria	15	6
Bosnia and Herzegovina	15	6
Other	120	46

NETHERLANDS	#	(%)
Syria	695	29
Eritrea	125	5
Iraq	110	5
China	105	4
Iran	100	4
Other	1 285	53

PORTUGAL	#	(%)
Ukraine	125	71
Pakistan	15	9
Morocco	10	6
Mali	10	6
CD	5	3
Other	10	6

SLOVAKIA	#	(%)
Ukraine	5	11
Other	40	89

UNITED KINGDOM	#	(%)
Pakistan	745	10
Eritrea	705	10
Syria	585	8
Iran	520	7
Albania	410	6
Other	4 370	60

LIECHTENSTEIN	#	(%)
Other	40	89

BULGARIA	#	(%)
Syria	1 460	46
Afghanistan	880	28
Iraq	465	15
Pakistan	205	6
Iran	45	1
Other	145	5

GERMANY	#	(%)
Kosovo	21 095	29
Syria	13 785	19
Albania	6 290	9
Serbia	5 620	8
Afghanistan	2 985	4
Other	23 350	32

GREECE	#	(%)
Syria	685	26
Afghanistan	520	20
Pakistan	310	12
Bangladesh	155	6
Albania	100	4
Other	845	32

CROATIA	#	(%)
Syria	10	25
Afghanistan	5	13
Azerbaijan	5	13
Montenegro	5	13
Other	15	38

LATVIA	#	(%)
Ukraine	20	40
Vietnam	15	30
Georgia	10	20
Other	5	10

HUNGARY	#	(%)
Kosovo	22 830	70
Afghanistan	4 025	12
Syria	2 415	7
Iraq	805	2
Pakistan	545	2
Other	2 190	7

AUSTRIA	#	(%)
Syria	2 395	25
Kosovo	2 065	21
Afghanistan	1 595	16
Iraq	800	8
Somalia	370	4
Other	2 485	26

ROMANIA	#	(%)
Syria	160	47
Iraq	35	10
Afghanistan	20	6
Turkey	20	6
Ukraine	15	4
Other	90	26

FINLAND	#	(%)
Iraq	255	27
Somalia	190	20
Kosovo	55	6
Afghanistan	55	6
Syria	40	4
Other	365	38

NORWAY	#	(%)
Syria	275	18
Afghanistan	155	10
Eritrea	130	9
Ethiopia	100	7
Somalia	100	7
Other	765	50

CZECH REPUBLIC	#	(%)
Ukraine	170	48
Cuba	85	24
Syria	20	6
Vietnam	15	4
Armenia	10	3
Other	55	15

ESTONIA	#	(%)
Ukraine	25	50
Palestine	5	10
Sudan	5	10
Nepal	5	10
Other	10	20

SPAIN	#	(%)
Syria	1 110	55
Ukraine	190	9
Algeria	115	6
China	70	3
Morocco	65	3
Other	480	24

ITALY	#	(%)
Gambia	2 320	15
Senegal	1 715	11
Nigeria	1 710	11
Mali	1 380	9
Pakistan	1 360	9
Other	6 760	44

LITHUANIA	#	(%)
Ukraine	15	38
Georgia	10	25
Russia	5	13
Azerbaijan	5	13
Other	5	13

MALTA	#	(%)
Libya	195	57
Syria	30	9
Mali	30	9
Senegal	25	7
Ivory Coast	15	4
Other	50	14

POLAND	#	(%)
Ukraine	630	44
Russia	570	40
Tajikistan	50	3
Georgia	35	2
Syria	25	2
Other	125	9

SLOVENIA	#	(%)
Afghanistan	10	20
Ukraine	5	10
Iran	5	10
Iraq	5	10
Kosovo	5	10
Other	20	40

SWEDEN	#	(%)
Syria	3 390	30
Somalia	890	8
Afghanistan	835	7
Kosovo	825	7
Stateless	565	5
Other	4 915	43

ICELAND	#	(%)
Other	40	89

SWITZERLAND	#	(%)
Eritrea	545	13
Sri Lanka	385	9
Syria	380	9
Kosovo	240	6
Afghanistan	215	5
Other	2 360	57